

T., S, c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCBA))" - CAMARA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES - SALA I - 19/12/2000

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora -a fojas 110, fundado a fojas 115/13 y vuelta, memorial cuyo traslado fue contestado por la demandada a fojas 114/5- contra la sentencia obrante a fojas 104/6 y vuelta, mediante la cual la señora juez de grado desestimó la acción de amparo impetrada.-
El señor Asesor Tutelar dictaminó a fojas 115/20 y vuelta.-

VOTO DEL DR. CARLOS F. BALBIN:

I. A fs. 15/20 de estos autos se presentó la Sra. ante el Juez de Primera Instancia con el objeto de solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo de un feto anencefálico toda vez que el Hospital negó la inducción del parto o, eventualmente, la intervención quirúrgica de cesárea y, consecuentemente, violó su derecho a la salud y a su integridad física.- Por su parte, la Ciudad contestó el informe que prevé el artículo 8 de la ley de amparo a fs. 81/7 y sostuvo que resulta imposible acceder a lo solicitado ya que la ley sólo autoriza el "llamado aborto necesario o terapéutico", es decir el practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o salud, si éste no () puede ser evitado por otros medios menos dañosos, debiendo su práctica ser indispensable para la salud de la madre.-
A fs. 12/14 obra el informe presentado por la accionante, sin firma del profesional interviniente, sobre la evaluación psicológica de la actora y de su grupo familiar.-
Según el informe del estudio ecográfico, acompañado a fs. 7/10, el feto carece de calota craneana y de masa encefálica, sin perjuicio de las otras observaciones (Cinética cardíaca: Normal;; Movimientos fetales: Activos; y Líquido amniótico: Adecuado para la edad gestacional).-
Por otra parte, el informe del Comité de Bioética (fs. 58) dice que el feto, que se encuentra comprometido con anencefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina.-
A fs. 59/61 se agregó el acta de la audiencia celebrada con la participación de la actora, el Asesor Tutelar y el jefe de obstetricia.-
La juez de primera instancia dictó sentencia al rechazar la acción de amparo en los términos del artículo 14 de la CCABA. Para así resolver afirmó que no quedan dudas en cuanto a que, desde el punto de vista legal, la madre y el niño por nacer son personas distintas y que, al analizar si se verifican las condiciones para considerar que se trata de una interrupción del embarazo desincriminada por la ley penal, sostuvo que "de lo expresado por los Dres. y

no parece que, en el caso, estén dadas las condiciones para concluir que la no interrupción del embarazo pueda poner en grave riesgo la salud de la madre". Por tanto, concluyó que la negativa de los médicos de la maternidad no importa conducta arbitraria o ilegítima.- La amparista interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 104/106 - contestado a fs. 115/120 y 124/125-, en el que cuestionó, en particular, el valor de las pruebas agregadas en autos y su valoración por parte de la jueza a fin de resolver si existe un peligro para su salud -conforme inciso 1 del artículo 86 del Código Penal.-

II. En primer lugar, cabe destacar que no ha sido materia de agravios por la apelante las consideraciones de la señora juez de grado en cuanto a la protección que el ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional como legal, otorga al feto, aún cuando su viabilidad fuese nula -como ocurre en los presentes autos-. Asimismo, tampoco se cuestiona en esta instancia que el feto anencefálico reúna los caracteres necesarios para ser considerado con vida, sin perjuicio de su inviabilidad fuera del seno materno.-

III. En segundo lugar, el Tribunal considera que no corresponde a los magistrados emitir un pronunciamiento judicial que se anticipe a declarar si determinada conducta está o no tipificada en el Código Penal y, consecuentemente, declararla prohibida o permitida, pues una decisión de esta naturaleza no es propia de la jurisdicción, dado que la ley penal se aplica siempre después de cometido el hecho y que, en igual sentido, la desincriminación establecida por la ley penal en su artículo 86, funciona ex post facto, es decir, con posterioridad a la conducta que interrumpe el embarazo.-

Por lo tanto, el juez no debe expedirse, en forma previa, sobre la licitud o ilicitud de una conducta futura porque si así lo hiciese excedería sin fundamento su jurisdicción. (C.N.Civ., Sala A., 09/10/96 - M.E.; B. de S., H.C. y S., C.A. s/ Autorización; Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 de San Martín, 31/10/86 - C., A. y V. de C., A; Juzgado de Primera Instancia de Instrucción , 7ma. Nominación, Rosario, 04/11/87 - P., A.J.; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 18, 02/06/89 - M.V.).-

Sin embargo, en el sub lite la accionante no solicita que se desincrimine una conducta adecuada al tipo penal de aborto previsto en el art. 85 del Código Penal, sino que, por el contrario, interpone acción de amparo contra la negativa de los médicos de la Maternidad a realizarle un parto inducido, omisión que, a su entender, resulta arbitraria e ilegítima, toda vez que se configuraría en el caso la causal de no punibilidad prevista en el art. 86, inc. 1º, del citado cuerpo legal.- En efecto, la actora no persigue en el caso concreto que se le otorgue una autorización judicial para que los médicos actúen en carácter de excepción a la ley vigente, que prohíbe este tipo de prácticas por considerarlas abortivas, sino

que, por el contrario, pretende que el Tribunal ordene a los profesionales de la maternidad que practiquen la intervención solicitada de acuerdo a la ley.- En consecuencia, corresponde que este Tribunal se pronuncie respecto de la procedencia de la acción intentada.-

IV. La amparista se agravia de la interpretación que la jueza de primera instancia ha realizado de las constancias obrantes en el expediente, así como de su valor probatorio, en lo que se refiere, en particular, al daño psíquico que esta situación le genera, porque, según sus dichos, la jueza de grado "ha realizado una lectura atravesada por su subjetividad, lo que la llevó -respecto de los conceptos vertidos por el Dr. Ricardo Horacio - a reparar en algunos omitiendo otros".-

En forma previa a analizar el mencionado agravio, corresponde referirse brevemente a los supuestos que prevé el artículo 86 del Código Penal, toda vez que la apelante intenta fundar su derecho en dicho precepto normativo.- El art. 86, 2º parte del Código Penal contiene dos casos en los cuales el aborto no resulta punible. La citada norma establece que "el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios" (apartado primero). El otro supuesto de no punición es el embarazo que proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.- El primer caso, denominado doctrinariamente "aborto terapéutico o necesario" es aquel que se realiza con el fin de recuperar la salud o salvar la vida de la madre amenazada por el proceso de gestación. Para que se configure la procedencia de esta excepción, deben verificarse cuatro condiciones, a saber: a) el embarazo, según la ciencia médica actual, debe generar un riesgo para la vida o la salud de la madre; b) el peligro no pueda ser conjurado, según la ciencia médica por otro medio menos lesivo que la interrupción del embarazo; c) el consentimiento de la mujer, y d) la intervención de un médico diplomado.-

Con referencia al primero de los presupuestos detallados, cabe señalar que el derecho a la salud comprende dos aspectos -físico y psíquico- que son inescindibles, toda vez que el derecho a la integridad física y psíquica implica necesariamente la preservación, sin detrimento alguno, de la integridad del cuerpo y de la mente. En consecuencia, el peligro que debe sufrir la madre para que se configure la causal citada precedentemente, puede consistir tanto en la ocurrencia de un padecimiento físico como psíquico, puesto que el texto legal no establece ninguna distinción al respecto.- Ahora bien cabe preguntarnos si cualquier peligro, ya sea físico o psíquico, permite legalmente interrumpir un embarazo o si, por el contrario, debe exigirse un peligro de cierta gravedad para la salud o la vida de la madre. A efectos de dar respuesta a este interrogante, es necesario interpretar el inciso 1 del artículo 86 del Código Penal de manera armónica con el resto del ordenamiento jurídico del cual éste forma parte.-

En materia de interpretación, la Corte ha sostenido que "las normas jurídicas deben ser interpretadas siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje todas con valor " (Fallos, 296:372, 297:142 y 300: 1080).- A esos efectos, resulta imprescindible iniciar este análisis a través del estudio de las normas constitucionales. Entre los derechos reconocidos en el art. 33 de la Constitución Nacional, se encuentra sin ningún lugar a dudas el derecho a la vida, que es el primero de todos los derechos, porque sin vida humana no se puede gozar ni ejercer ningún otro (conf. Bidart Campos, Germán "La inconstitucionalidad de las desincriminaciones del aborto en el art. 86 de código penal", ED 128-389). En verdad, más que de un derecho no enumerado, se trata de un derecho implícito, ya que deriva no solamente del "principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" sino también de todos los derechos explícitamente estipulados que requieren de la vida para su ejercicio (Nino, Carlos Santiago "Fundamentos de Derecho Constitucional", Editorial Astrea página 223). Asimismo, y en forma expresa respecto de las personas por nacer, el artículo 75 inciso 23 establece como un deber del Congreso dictar un régimen de seguridad social de protección para los niños "...desde el embarazo...".- El Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054), incorporado por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, afirma al respecto que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Por su parte, el art. 6º de la Convención de los Derechos del Niño, también incorporado a la Constitución Nacional, establece que "...todo niño tiene derecho intrínseco a la vida..." y que los Estados "...garantizarán, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño...". Nuestro país, al ratificar la convención, formuló la siguiente reserva: "...La República Argentina declara que entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción..." (ley 23.849).- A su vez, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, establece que en el ámbito de la Ciudad rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen (artículo 10).- Las normas legales, de rango inferior a la Constitución, también regulan el derecho a la vida, en efecto, el Código Civil establece que la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno (artículo 70) y, agrega, que tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo (artículo 72). En igual sentido la nota del codificador al artículo citado afirma que "no se exige la viabilidad del nacido como condición de su capacidad de derecho".- Por lo demás, la salud de la madre como valor humano fundamental,

encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de derechos humanos, que ahora gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 (arts. 3 y 8); Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, incs. 1 y 2 ap. B); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 4° inc. 1, 5° incs. 1 y 26) y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 inc. 2 ap. E).- De las normas transcriptas, surge que en nuestro país, sin perjuicio del derecho a la salud de la madre, el feto es objeto de protección expresa, cuestión que no ha sido materia de agravios por parte de la apelante. En consecuencia, la previsión del artículo 86 inciso 1° del Código Penal, interpretada armónicamente con las disposiciones citadas precedentemente, requiere para su procedencia un peligro para la vida o salud de la madre que revista cierta gravedad, según los dictados del arte de curar.- En igual sentido, los autores señalan que "los bienes que tienen que ponerse en peligro por la continuación misma del embarazo o por la eventualidad del alumbramiento son los de la vida o la salud de la embarazada; otros perjuicios que no se refieran a ellas (deformaciones que no influyan en el funcionamiento orgánico de la mujer) no quedan comprendidos" (Creuss, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial". Pág. 62).- Ahora bien, el peligro corrido por la madre para hacer lugar al aborto terapéutico debe ser grave, contempla tanto la vida de la madre como su salud, entendida ésta como bienestar físico y equilibrio psíquico (Bianchini, Ademar Pedro, "Aborto impune. Causas de justificación del aborto en la legislación argentina". Publicación Zeus, 1994, Revista 4862, pg. 2). En efecto, la infracción a la vida del feto estará justificada, siempre y cuando el peligro que acarreará a la salud de la madre sea grave o gravísimo (Welzel, Hans "Derecho penal alemán, Parte General". Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1970, página 138). En igual sentido, el peligro para la vida o la salud de la madre debe ser grave; esta gravedad se refiere tanto al pronóstico de probabilidad de la muerte o menoscabo de la salud, como a la entidad de este último daño, que tiene que alcanzar importancia respecto del equilibrio fisiológico de la mujer (Creuss, Carlos "Derecho Penal, Parte especial", Tomo I, página 62).- La valoración judicial de la gravedad del peligro para la salud física o psíquica de la madre, debe apoyarse necesariamente en un pronóstico, al que se llega mediante un juicio médico debidamente fundado en criterios científicos admisibles, según los datos objetivos que surgen de las circunstancias del embarazo con relación a la mujer. En tal sentido es suficiente, en opinión de este Tribunal, que a juicio de los facultativos exista un peligro grave, actual o futuro, para la vida o la salud de la amparista.- Más aún, según prestigiosos autores, tal es el caso de Fontán Balestra, el inciso 1° del artículo 86 contiene como exigencia que sea el médico quien, según sus conocimientos, declare que el embarazo implica un grave peligro

para la vida o la salud de la madre, y en esa convicción practicar el aborto (Fontán Balestra, "Derecho Penal. Parte Especial", 15ª Edición, 1998, pg. 78). En igual sentido el Director del Hospital Materno Infantil "", Dr. , sostiene a fs. 81 de estos actuados que la práctica de interrupción debe ser indispensable para la salud de la madre y que "esta indispensabilidad queda librada al criterio del o los profesionales intervinientes".- En sentido concordante, la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de que se presente un peligro grave y cierto para la salud y, eventualmente, para la vida de la madre y que deben existir, además, claras razones médicas, perfectamente documentadas en autos para autorizar la interrupción del embarazo (Juzg. Crim. y Correc. N° 3, Mar del Plata, "A.K.", 5 de setiembre de 1997, considerando XI).-

V. A esta altura del análisis, corresponde, entonces, que este Tribunal determine si la juez de primera instancia apreció las constancias agregadas en los presentes autos de conformidad con las reglas de la sana crítica o si, por el contrario, se apartó infundadamente de las pruebas producidas o, en su caso, valoró parcialmente la documentación esencial y decisiva para fallar en la causa.-

La sana crítica es un método científico, que tiene por objeto determinar cuál de las posiciones en el pleito es la correcta, en punto a los hechos afirmados, para incluirla dentro del plexo de la norma abstracta, y así aplicar el derecho a la cuestión planteada (Falcón Enrique, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, concordado y comentado", T. III, Ed. Abeledo Perrot, pg. 196).-

En primer término, asiste razón a la apelante en cuanto al error incurrido por la jueza de primera instancia al sostener que los profesionales además de omitir dar precisiones sobre el real estado psíquico no "esbozaron siquiera la existencia de un daño grave e irreversible". En realidad, para que se configure el supuesto previsto en el art. 86 inc. 1º del Código Penal, sólo es dable exigir conforme las normas vigentes un peligro grave, pero de ninguna manera un daño grave y, menos aún, un daño irreversible para la vida o la salud de la madre toda vez que si éste se produce, la práctica del aborto terapéutico no tendría relevancia alguna para evitar el daño.- En segundo lugar, la apelante señala que la jueza omitió los dichos del Dr... con relación al cuadro psicológico que presenta, puesto que sostuvo que en orden a dicho daño el facultativo ha expresado que "concuera con la actora en que esto tiene visos de tortura". A lo expuesto cabe agregar que el Director del Hospital, Dr.... , afirma que no obstante lo expresado anteriormente - imposibilidad de acceder a la solicitud de la madre- considera "válido lo expresado por la solicitante en cuando al daño psicológico que pueda sufrir la misma al cursar este tipo de embarazo" (fs. 81).- A criterio del Tribunal, las afirmaciones de los facultativos no pueden interpretarse fuera del contexto de sus opiniones; por el contrario, resulta necesario poner en práctica una exégesis integradora, utilizando para ello un

criterio armónico y teniendo especialmente en cuenta las conclusiones a las que arriban los profesionales intervinientes.- Sin perjuicio de lo expresado por la apelante respecto de los dichos de los médicos, cabe agregar, a fin de una interpretación armónica e integral, lo siguiente: a) a fs. 61, el Dr. , Subdirector del Hospital Materno Infantil , dijo que existe una posibilidad de que el embarazo cause patologías sobrevinientes pero igual que "en cualquier embarazo"; b) en igual sentido el Director del Hospital señaló que "todo parto lleva implícito un riesgo, ello debido a las complicaciones que se pueden derivar del mismo, en muchos casos imprevisibles y debidas a patologías que pueden llegar a surgir en el mismo momento de su producción, pero esos riesgos son inherentes a la naturaleza misma del acto quirúrgico consistente en traer al mundo un nuevo ser vivo" (fs. 81 vuelta - Punto 6); y c) con relación al riesgo psicológico, el Dr. afirmó que "si todavía no se ha instalado un cuadro psicológico o psiquiátrico, es probable que con la debida asistencia cursará las etapas del duelo por la pérdida". (fs. 61).-

En cuanto a las conclusiones de los informes médicos obrantes en el expediente, resulta claro que consideran improcedente el aborto. Veamos, el Dr.... sostuvo 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...". Más aún cuando el médico se refiere al daño psicológico (Punto 5 de su informe) advierte que ello vale no obstante lo dicho anteriormente en referencia a la imposibilidad de acceder a la solicitud de la actora (Punto 4).- Al respecto, el Director del Hospital Materno Infantil expresó que "en los casos como el que nos ocupa, los riesgos mencionados y que pueden afectar a la madre, en su gran mayoría y conceptualizados como riesgos de vida para la misma, no justifican la interrupción del embarazo, siendo que la situación de la solicitante cursa una gestación de seis meses..." (fs. 81 vuelta - Punto 7). Aquí es dable advertir que cuando el Dr. se refiere a "los riesgos mencionados" se está remitiendo a los puntos anteriores, esto es, imposibilidad de acceder a la solicitud (Punto 4), daño psicológico (Punto 5) y daño físico (Punto 6).- En igual sentido el Dr. señaló que la interrupción "no es indicación médica, porque una prescripción para interrumpir el embarazo 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 vuelta).- A mayor abundamiento cabe resaltar las expresiones del Dr. , tal como consta en el Acta de fs. 59/61, en cuanto a que el riesgo es mayor en el estado actual que si el parto se produjese al noveno mes. En efecto, el Dr. sostuvo que "la evacuación no es exenta de riesgos, que son más o menos los mismos que en

un embarazo en término" aunque aclaró que "a las 26 semanas puede haber alguna complicación adicional, pero salvables" (fs. 61).- Cabe agregar, con relación a la prueba producida en autos, que el informe del Comité de Bioética, que consta a fs. 58 del expediente, nada dice sobre el peligro para la salud o la vida de la madre.- De la historia clínica de la accionante, que obra a fs. 82/85, tampoco surge la existencia de un grave peligro para la salud o vida de la madre.- En conclusión, conforme las consideraciones del director y del subdirector del Hospital no existiría, en principio y hasta el presente, un peligro grave para la vida o la salud de la madre que habilite la procedencia de la interrupción del embarazo, sin formular referencia alguna a la exigencia de un daño grave e irreversible.-

Tampoco ha quedado acreditado en autos la concurrencia del segundo de los presupuestos exigidos inexcusablemente para la procedencia del aborto terapéutico, referido a que el peligro para la madre, en caso de verificarse, no pueda ser evitado por otros medios. Resulta imprescindible que la accionante demuestre que, según los dictados del arte de curar, no existe otro medio menos lesivo para la protección de la vida o la salud de la madre. Ninguno de los informes médicos; ni la evaluación psicológica de la entrevistada, que no ha sido firmada por ningún profesional; o el informe del comité de bioética hacen referencia alguna al respecto, sin perjuicio que tal como surge de la historia clínica de la madre se le ha indicado tratamiento psicológico.- Por lo expuesto, cabe rechazar el agravio planteado.-

VI. Por último corresponde tratar el agravio referente al valor de la prueba acompañada por la demandada, toda vez que, en su opinión, los doctores e no pueden dar precisiones en cuanto a su real estado psíquico por tratarse de médicos obstetras.-

Sin perjuicio de advertir que el planteo es contradictorio toda vez que, por un lado, la apelante recurre a las opiniones de los médicos y, por el otro, descalifica su idoneidad, considero que la especialidad de los profesionales, en particular en el caso del Dr. por su condición de médico obstetra con especialidad en embarazo de alto riesgo, las funciones desempeñadas por los profesionales en el Hospital Materno Infantil y su experiencia profesional permiten inferir razonablemente que reúnen las condiciones de idoneidad necesarias para opinar sobre el presente caso.- Por otra parte, si se admitiese el agravio de la apelante en cuanto descalifica el valor de la prueba en razón de la falta de idoneidad de los médicos, correspondería igualmente declarar improcedente la solicitud de la amparista toda vez que no existen otras pruebas que acrediten el peligro para la vida o la salud de la madre, su gravedad y que éste no pueda ser evitado por otros medios. En virtud de estas consideraciones, este agravio tampoco resulta procedente.-

VOTO DE LA DRA. INES M. WEINBERG DE ROCA:

I. Respecto a la relación de los hechos y constancias de la causa cabe remitirse a la efectuada en el voto precedente.-

II. Los agravios de la actora se centran sintéticamente en las derivaciones extraídas por la juez a quo del concepto jurídico de persona, el razonamiento de la misma extraño a la lógica al dar lugar a un dilema jurídico inexistente, la falta de valoración adecuada del daño psicológico, y, en suma, que la resolución resulta contraria al ordenamiento jurídico vigente. La entidad de estos agravios y las particularidades del caso imponen efectuar un análisis integral de la cuestión sometida a conocimiento de la jurisdicción.-

III. Asiste razón a la amparista. De la lectura de las actuaciones se desprende que médicos y funcionarios judiciales parten del presupuesto de que se debe proteger al niño de su madre y que se solicita la autorización para abortar. Nada más alejado de la realidad. La actora buscó y quiso tener un hijo, pero con motivo de los estudios efectuados en el quinto mes de embarazo tuvo conocimiento de que no iba a tener un hijo.- Asiste razón a la demandada y al asesor tutelar cuando manifiestan que el Código Civil no contempla una situación como la presente. Este tribunal considera, sin embargo, que ello no se debe a que ello está prohibido sino que existe una laguna legislativa. La Constitución Nacional expresa en su artículo 19 que "Ningún habitante de la Nación será... privado de lo que ella (la ley) no prohíbe".-

Esta laguna legislativa obedece a que la fecha de la sanción y promulgación de nuestro Código Civil es anterior a la invención de las ecografías y diagnóstico por imágenes. 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 cuál, al momento del alumbramiento, el niño fallecía con gran dolor de sus progenitores. Pero a partir de la realización de las ecografías, hace pocos años como práctica de rutina en hospitales municipales, los padres saben con meses de antelación que están concibiendo un ser destinado a morir (fs. 15 vuelta y 59).- Podríamos preguntarnos si un ser sin calota craneana ni cerebro reúne características de humanidad (artículo 51 del Código Civil). La nota al artículo 70 explica que el niño debe tener vida una vez separado completamente de su madre para adquirir capacidad de derecho y presentar signos característicos de humanidad. El ente ha llegado a ser definitivamente persona cuando ha desarrollado vida biológica propia (R.M.Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, actualizada por J.M. López Olaciregui, TEA 1964, tomo I, p. 359). L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolff (Derecho Civil, Parte General, tomo I, revisado por H.C. Nipperdey y traducido por B. Pérez González y J. Alguer, Bosch, Barcelona 1947) explican que la ley no regula todos los casos posibles, que deben resolverse por analogía (p. 331). El derecho común y algunos códigos exigen la viabilidad, la cuál se presume hasta la prueba en contrario (Código Civil francés, citado por Ennecerus

(ob.cit. p. 330). Explica el citado autor que el Código español ha prescindido de la viabilidad dada la dificultad de la prueba. Sin embargo, en el año 2000, esta dificultad probatoria no existe y en autos estamos en presencia de un hecho científico: el feto tiene viabilidad cero. La ciencia médica puede determinar la viabilidad del ser por nacer antes del alumbramiento de la misma manera que ha podido prescindir del velatorio con cajón abierto en casos de muerte súbita para cerciorarse de que la persona está efectivamente muerta. Y como el derecho regula situaciones de la vida real preexistentes a las normas, y no viceversa, estamos en presencia de un caso no contemplado en nuestra ley anterior al desenvolvimiento de prácticas médicas determinadas. L. Jossierand (en Derecho Civil, revisado por A. Brun, Bosch, 1952, tomo I, vol. I, p. 172), explica que la personalidad humana tiene como punto de partida el nacimiento, pero este principio ha de ser bien interpretado, reducido a sus justas proporciones: de una parte el nacimiento no basta siempre para conferir personalidad al recién nacido, quién de otra parte se beneficia con anterioridad al nacimiento de cierta personalidad. Es preciso que nazca vivo y además viable, es decir con aptitud para la vida.-

IV. De conformidad con lo dictaminado por el comité de bioética de la maternidad , el feto no tiene posibilidad alguna de vida autónoma luego del nacimiento. Únicamente la intervención de la divina providencia puede modificar esta situación, materia ajena a un tribunal laico.- En la fecha de esta resolución el feto no es inmaduro sino prematuro. Ello significa que podría vivir fuera del vientre materno con asistencia hospitalaria. Sin embargo, en la audiencia de fs. 59 vuelta, el Dr. Illia manifestó que no iba a recibir esta asistencia por cuanto era inútil. La viabilidad del feto es cero ahora y a los 9 meses de embarazo.- Sin embargo, el Estado obliga a la amparista a concebir en su vientre a un ser muerto que deja de existir cuando es "desconectado de la madre" pero a su vez no está dispuesto a conectarlo a equipo que reemplace a la madre.-

V. El Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) dispone en su artículo 5 1. que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral ... ", agrega en el artículo 11 que "toda persona tiene derecho ... al reconocimiento de su dignidad". Agrega la protección de la familia (art. 17). La familia de la actora comprende a su marido e hija. El señor Asesor Tutelar, sin embargo, no se ha ocupado de esta niña amparada por la Convención de los Derechos del Niño, tan citada.-

VI. En la presente causa están en conflicto la vida de la madre y del hijo por nacer. Desde el punto de vista científico la vida futura del feto es inexistente, dado que su condición es irreversible y su muerte segura. La madre, en cambio, vivió hasta el presente embarazo una vida normal. Su salud comprende tanto el aspecto físico como el síquico. Este concepto de salud es el receptado en el Preámbulo de la Constitución de la O.M.S., la que se

remonta al año 1946, donde se entiende que ésta es el completo e integral bienestar síquico, mental y social. En sentido coincidente se ha sostenido que la finalidad terapéutica puede referirse tanto a la salud física como la salud mental de la persona involucrada ("Martínez, Laura Rita p/ Medida Tutelar-Autorización", expte. N° 25464/7, Juzgado Familia a cargo de la Dra. Adriana B. Rodríguez, Mendoza, fallo inédito del 28 de abril de 2000, que cita el voto del Dr. Edgardo Fernández Sabaté, C.Fam.y Suc. Tucumán, publicado en La Ley 1983-C-501 y sentencia de ese Juzgado, causa 45902, " C. J. s/ Acción de Amparo publicada en Revista Quirón, Fundación Mainetti, La Plata, vol. 28 n. 2 1997, pág. 48 y ss., con nota aprobatoria de Ignacio Maglio, Bioética y Derecho: buena praxis judicial).- En autos se encuentra en grave riesgo la salud síquica de toda la familia según se desprende de la evaluación psicológica de la coordinadora del equipo de salud mental de la fundación UNOS CON OTROS, según constancia adjunta obrante en las presentes actuaciones a fs. 13/4 y 16. El mismo señala que se puede tener en cuenta que el daño es mayor cuanto mayor es el tiempo de estar padeciendo el acontecer traumático. Asiste razón a la actora que el daño síquico existe y no comparto la interpretación dada por la juez de primera instancia. El daño síquico que implica "portar en el cuerpo la muerte misma" (fs. 113) es un hecho notorio y como tal admitido aún en ausencia de prueba.-

VII. Desde un punto de vista humano no debería permitirse que la amparista arriesgara su vida gestando este feto inviable, comprometiendo el futuro de toda su familia, en especial el de su hija de doce años.- Cabe invocar el principio "pro-minoris", y la Convención Internacional de los Derechos del Niño (aprobada por el Congreso de la República Argentina por ley 23.849) valorando de esta forma la situación de la hija de la actora, requiriendo esta de protección jurisdiccional. En suma, es dable admitir el daño que podría ocasionársele a la menor en caso de padecer la madre un mayor daño síquico que el presente.-

VIII. En la audiencia de fs. 59/61, a la que concurrió asistida por una terapeuta, la amparista manifestó padecer una tortura permanente. A. Rodríguez Varela (en La persona humana al finalizar el segundo milenio cristiano en El Derecho del 11 de diciembre de 2000) refiere que "En el peregrinaje del hombre sobre la tierra operan dos grandes motores: Dios y la libertad humana." Cita a Maritain y nos dice que la persona humana es por un lado exaltada y por otra parte menospreciada. Y vidas humanas, se agravia la actora, en la presente causa son para la juez de primera instancia dos: una viable y otra no viable. Ninguna duda cabe que haya que preservar la salud psicofísica de la persona humana viable frente a la muerte segura de la otra. El bien jurídico tutelado debe ser la salud de la madre, que no admite demora, frente a la del feto anencefálico, equiparable a la del donante de órganos, al que se le ha constatado una muerte cerebral.-

IX. Asimismo, debe tenerse en cuenta el futuro de la amparista en lo referente a su salud física. Bien es sabido que "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 frecuencia de malpresentaciones, rotura uterina, embolia de líquido amniótico, atonía uterina post partum y desprendimiento normoplacentario. - 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 las Consideraciones éticas acerca del embarazo anencefálico, Comité de Etica Hospital Privado de Comunidad, Mar del Plata 1997, mimeo, trabajo presentado en las III Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética Huerta Grande 1997" del Dictamen emitido por una Comisión ad-hoc del programa para Investigación y Perfeccionamiento en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata en la causa N°25464/7, caratulada "Martínez, Laura Rita P/ Medida Tutelar - Autorización).-

X. Si bien no se trata en autos de una autorización para abortar, cabe recordar que el artículo 86 del Código Penal desincrimina el aborto cuando se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. El peligro corrido por la madre para hacer lugar al aborto terapéutico debe ser grave, contempla tanto la vida de la madre como su salud, entendida esta como bienestar físico y equilibrio síquico(...)." N.N. ", Juzgado 26 Civil, 27/08/1985, publicado en ED 117 - 421 ; " P., A. J.", Juzgado de Instrucción Rosario, 04/11/1987, publicado en ED 128 - 389; "S., M. E.", Juzgado 25 Civil. Capital, 26/04/1988, publicado en ED 132 - 456).-

Luis Jiménez de Asúa en Libertad de amar y derecho a morir (Editorial Losada S.A., Buenos Aires 1946, p. 381y ss.) a mediados de siglo explica que "la doctrina de la Iglesia se ha concretado al fin en la famosa encíclica de Pío XI, Casti Connubii, del 31 de diciembre de 1930, en la que se reprueba toda especie de aborto, negándose incluso a la mujer amenazada en su propia vida el derecho de sacrificar al feto para huir de la inminencia de la muerte. Por fortuna son muchos los médicos católicos que, más o menos hábilmente, sortean tan injusto anatema". Continúa diciendo que "más sólidos son los argumentos de los autores laicos. En este caso ... hay un conflicto de bienes, claramente determinado, entre la existencia de la madre y la del niño: una de las vidas debe ser sacrificada en pro de la otra, y como aquí se trata de un supuesto de necesidad propiamente dicho, el conflicto ha de ser resuelto por las leyes que gobiernan este problema. Pero apenas parten del punto de salida, los escritores divergen".-

XI. En la presente causa estamos pues en presencia de un conflicto de bienes pues por un lado está la salud psicofísica de la madre y de su entorno, que incluye a su marido e hija, y por otra parte la vida del feto, con ninguna posibilidad de sobrevivencia, circunstancia constatada por los médicos intervinientes. Al negar a la mujer la posibilidad de decidir se le está imponiendo la obligación de dar vida a un ser que una vez desconectado de ella ha de morir y para cuidado del cuál la Maternidad no está dispuesta a invertir en terapia intensiva neonatal dada su inutilidad (fs. 59 vuelta y 60 vuelta). Se le exige al cuerpo de la amparista dar lo que el Estado no va a dar a través de equipamiento médico dado que no tiene vida propia.-

XII. En suma, los argumentos precedentes persuaden al Tribunal de que, ante las especiales circunstancias del caso que han quedado suficientemente expuestas, la pretensión amparista ha de prosperar, por lo que corresponde hacer lugar a los agravios vertidos y revocar el pronunciamiento apelado en todo cuanto ha sido motivo de recurso.-

VOTO DEL DR. ESTEBAN CENTANARO:

I. Toca a este voto el pronunciamiento sobre la cuestión propuesta a conocimiento del Tribunal, en último término, atento la falta de acuerdo entre los votos preopinantes, en un caso en el que, al igual que cualquier otro vinculado al derecho a la vida, es conflictivo y complejo por sus connotaciones médicas, legales, morales y emocionales.- Aumenta la complejidad de la decisión los importantes, profundos e ilustrados fundamentos de los votos de los estimados colegas preopinantes.- Desde ya se adelanta la coincidencia con los fundamentos vertidos por el doctor Carlos Balbín en su voto, y que solo a mayor abundamiento y atento a la naturaleza de la cuestión debatida cabe agregar argumentos claramente vinculados al objeto de este proceso, que se considera avalan la posición aquí compartida. En tal sentido, a pesar de exceder en alguna medida la materia objeto de agravios -atento a las consideraciones vertidas en el expediente- resulta necesario expresarse en lo referente al estatuto ontológico y ético del anencefálico

II. Tal como se expresara en otra oportunidad (ver Centanaro, Esteban, Qué es el comodato, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 142), no avalamos el criterio de dar por no escrita una norma por el intérprete, salvo casos excepcionalísimos y de una contradicción evidente; si el jurista quiere legislar, que sea legislador, que luche políticamente y obtenga su banca por medio de la representación popular, y en tal caso, con toda legitimidad y dentro del estado de Derecho, podrá proponer derogar tal o cual norma; de lo contrario, deberá tratar de interpretarla en armonía con el resto del ordenamiento jurídico, en su consecuencia en estos autos como en cualquier otro se debe fallar de conformidad con lo que la ley establece, no debiendo el juzgador ir

más allá o pretender forzar interpretaciones legales.- En este sentido, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires ha dicho "...el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley..." (SCBA, P43994 S 29-10-91, B., J.R. s/robo agravado de automotor - Publicaciones: A y S 1991 III, 774.).-

III. El planteo a cerca de la plena humanidad del anencefálico, del valor de su existencia y de la protección que aquél merece ha sido controvertida desde la época de Paulus. Según el enfoque clásico del Derecho romano seguido por lo antiguos moralistas y canonistas, el elemento determinante para decidir la pertenencia de un recién nacido a la especie humana estaba constituido por la apariencia corporal, la presencia de una forma corporis hominis y por el aspecto del rostro. Por ende, el anencefálico era ya desde la antigüedad considerado persona.-

En efecto, el conjunto de evidencias biológicas que exhibe el anencefálico le otorgan claramente una presencia humana; y este individuo, fruto de la generación de un hombre y una mujer, pertenece a nuestra especie. Descartada de plano la tesis que sostiene que la vida humana es una magnitud, susceptible de adiciones y sustracciones, con base en criterios de funcionalidad, coincido con quienes reconocen el valor intrínseco de toda existencia del ser humano en cualquier estadio y forma y de la ilicitud de atentar contra la misma.-

En el caso de autos, se trata de un feto que carece de masa encefálica y de calota craneana.-

Tal como expresa Faggioni (Faggioni, Mauricio P., "El recién nacido anencefálico", Medicina y ética 1997/3, página 267): "Si bien las causas de la anencefalia son relativamente conocidas, se presupone una cierta heterogeneidad etiológica. Cualquiera sea la causa de la etiología, actúa en el curso de las primeras fases de la embriogénesis del sistema nervioso central. Cuando el tubo neural no se cierra completamente - hecho que normalmente ocurre entre el día 15 y 21 del embarazo- determina malformaciones en el sistema nervioso y en los tejidos relacionados con él. Si el cierre falla a costa de la región cefálica o vesicular se tiene la anencefalia. Tengamos en cuenta que esta malformación aparece no antes de los quince días de la concepción, pero que tal como lo veremos más adelante, el feto ya era persona desde la unión del óvulo y el espermatozoide. La funcionalidad del tronco del encéfalo explica la presencia de la respiración espontánea y de múltiples actividades de predominante base refleja, como la succión, la deglución, la reacción a los estímulos gustativos, la reacción de las extremidades por estímulos doloríficos, el llanto e incluso la sonrisa. No sabemos exactamente si un recién nacido anencefálico puede, y a qué nivel, desarrollar incluso sólo barruntos de vida de relación y de incipiente autoconciencia, pero se puede pensar que existe en algunos de ellos una cierta posibilidad de percepción sensorial y de reacción a los estímulos, ligada a las estructuras nerviosas residuales que

subentran a vicariar ciertas funciones más elementales del telencéfalo faltante".-

Si bien la supervivencia del anencefálico -de acuerdo a las estadísticas médicas y lo expresado en estos autos- es corta, de ninguna manera la ciencia se ha pronunciado en forma definitiva en el sentido de posibilidad de su supervivencia temporal.-

Todos sabemos que mas breve o mas extensa la vida terrena es siempre temporal. Todo ser que nace esta destinado inmediata o mediatamente a morir.-

El altísimo valor de la vida humana y la protección que el ordenamiento jurídico le brinda a aquella lleva a exigir que a todo recién nacido, e incluso al feto destinado a una vida breve, se le proporcionen los cuidados ordinarios y eventualmente aquellos que se consideren proporcionados a su situación clínica concreta

IV. La Doctrina que distingue a quienes son personas, de quienes no lo son, teniendo en cuenta la viabilidad no tendría fundamento en nuestro derecho positivo, sin perjuicio de reconocerse los importantes argumentos vertidos en contra de tal posición.-

Efectivamente, el artículo 51 del Código Civil dispone: "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".-

La capacidad de derecho es inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, y no merece evaluarse con relación a la extensión que pueda llegar a tener esa vida, ni las cualidades o accidentes que presente. Este criterio fue el seguido con certeza por el codificador civil, quien en el art. 72 de su obra dispuso: "Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo". La viabilidad no es una condición exigida por el Código Civil para que el recién nacido adquiriera sus derechos en forma irrevocable. La protección de la spes hominis se consigue mejor sin trasladar al plano jurídico las etapas que los descubrimientos y avances que los científicos van estableciendo. (Conf. Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Parte General T.I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, páginas 338 y 354). Coincidiendo con Zainer, (Zainer, Justo, De su disertación el Instituto del Colegio de Abogados de Mar del Plata titulada "Genética Humana: aspectos éticos y legales" en Quorum, Mar del Plata, octubre, 1986, pag. 15) la ciencia tiene mil rostros desde el más seductor hasta el más aterrador. Y, se entiende junto con Hooft (Hooft, Pedro Federico, "Los Derechos Humanos ante el desarrollo de la vida y la técnica: La protección de la vida humana naciente", ED 124-692) que los progresos de la ciencia deben contribuir en última instancia a la consecución del valor humanidad, superior al de utilidad; de lo contrario estaríamos contribuyendo al surgimiento de un mundo deshumanizado en el cual la persona quedaría reducida al nivel de "objeto", "cosa", "res", en un camino de irreversible deshumanización. Se trata

entonces de saber "cuales son los límites y fronteras que no debemos transgredir para no poner en peligro la propia dignidad", y, conocer lo que en cada caso ayuda u obstaculiza a la plena realización del hombre como persona, y luego obrar en consecuencia, so pena de transitar hacia una total cosificación de la existencia.-

Con gran claridad Vélez Sársfield expuso en la nota al artículo 72 del Código Civil: "Decimos lo mismo respecto de los vicios orgánicos que el recién nacido presente. No porque una persona parezca con signos indudables de una pronta muerte, queda incapaz de derecho. Sería preciso también que la ley fijara el tiempo en que el vicio orgánico debía desenvolverse para causar la incapacidad del recién nacido y la ciencia, por cierto, no podría asegurar qué días o qué horas de vida le quedaban al recién nacido con un vicio orgánico." Como bien opina Llambías, (Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, tomo 1, pag. 175) "varias legislaciones extranjeras subordinan la concesión de la personalidad a la aptitud que tenga el nacido para prolongar la vida.(...) Las modernas legislaciones han dejado de lado esta exigencia de la viabilidad o aptitud del nacido para prolongar la vía. Es el caso de los códigos Alemán (art. 1), Suizo (art. 31º -no coincidimos con esta cita-); brasileño (art. 4); peruano (art. 1) y Venezolano (art. 17)(...) Los argumentos dados por Vélez Sarsfield en su nota al art. 72 para combatir la exigencia de la viabilidad son verdaderamente ilevantables.-

En igual sentido, Borda (Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Perrot, Buenos Aires, 1970, Tomo 1, pag. 239) opina que nuestro Código Civil con gran acierto ha rechazado el requisito de la viabilidad y agrega: "A nuestro entender, el sistema del código se justifica plenamente por las siguientes razones: a) en primer termino, es la solución que impone el debido respeto al ser humano...".-

Asimismo, Machado (Machado, José Olegario, Exposición y comentario del Código Civil Argentino, Buenos Aires, Tomo 1, p. 142) expresa que la capacidad inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, no debe depender de la duración de su vida; si el que vive un minuto después de la separación del seno materno, no debiera adquirir derechos, no habría razón para que los adquiriese porque hubiera vivido una hora o un día. El tiempo no debe tener influencia sobre la capacidad que se concede a la existencia (...) porque los derechos se conceden a la criatura que vive sin otra consideración que la vida.-

También Llerena (Llerena, Baldomero, Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino, La Facultad, Buenos Aires, 1931, Tomo 1, p. 161) sostiene con relación a la viabilidad que "nuestro código ha dado un paso adelante con respecto al código francés y a los demás que le han seguido..."

Ampliando estos conceptos Clariá (Clariá, José Octavio, "Persona -Comienzo de su existencia. Derechos que pueden adquirir" en Enciclopedia Jurídica Omeba Apéndice T. VII, Driskill S.A., Buenos Aires, 1996, pág. 763 y 764) señala que "...para el iusnaturalismo el derecho no es una creación arbitraria del legislador sino una disciplina de la conducta al servicio de los fines del

hombre. El derecho positivo no crea a la persona sino que se limita a reconocer una realidad preexistente y de jerarquía superior. Por ello, no existe la posibilidad de que el ordenamiento jurídico desconozca personalidad a los hombres, sin distinción de ninguna especie. La convención Americana sobre derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) establece en su art. 3 que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, coincidiendo, de esa forma, con los lineamientos de nuestro ordenamiento jurídico. (...) La mayor parte de los códigos del siglo XIX, y aun de este siglo, consagraron la regla de que la existencia de las personas comienza desde el nacimiento. Sin embargo, se vieron obligados a conceder ciertos derechos a partir del momento de la concepción. Fue el jurista brasileño Freitas quien inspirándose en el Código de Prusia, estableció en su Esbozo (art. 221) que la existencia de las personas comienza desde la concepción. Nuestro Código Civil, con visión profunda y humanista estableció en su art. 70 que: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido". El principal crítico de esta postura ha sido el Dr. Orgaz (...). sin embargo, la gran mayoría de los autores nacionales concuerdan con la solución adoptada por el Código Civil. Actualmente, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido incorporado a nuestra Constitución Nacional, ratifica esta solución al disponer en su art. 4 que la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno. Por nuestra parte, coincidimos plenamente con el criterio del código civil. No dudamos en afirmar que desde la concepción hay vida y, por lo tanto, persona que debe ser protegida y que puede adquirir ciertos derechos (...). Es más, entendemos que se trata de nociones que están por encima de la leyes y que ningún ordenamiento jurídico puede desconocer. De ahí también la prohibición legal del aborto, por entender que estamos ante una vida humana sin que nadie tenga derecho a suprimirla".- No es redundante afirmar que la legislación de fondo reconoce la existencia de personalidad humana desde la concepción del ser en el seno materno. "Desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento, ya que este hecho sólo cambia , aunque substancialmente, el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser." (Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, página 251).- Según Alberto G. Spota "La personalidad jurídica humana comienza desde la concepción. Estimar que únicamente por una ficción jurídica ve el legislador una persona donde sólo existe una portio mulieris, importa negar el sustrato material del comienzo y de la formación del ser humano". (Spota, Alberto G, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo 1, Volumen 32 , El sujeto de Derecho, Los incapaces de obrar, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968, pág. 11). Si bien el Derecho Romano reconoció al embrión como portio

mulieris, no por ello dejó de asimilar al concebido con el ya nacido: qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse. En cuanto a la capacidad, sostiene el mencionado jurista que "Ya con la vida intrauterina del concebido (nasciturus) surge la capacidad para ser titular de derechos. En efecto, según el art. 70, antes del nacimiento de los concebidos "en el seno materno", éstos "pueden adquirir algunos derechos". Esos derechos son actuales, no en potencia, aún cuando sometidos a una condición resolutoria: las personas por nacer los adquieren como si ya hubiesen nacido, y sólo se resuelven si no nacen con vida, en cuyo suceso serán considerados como si no hubieran existido (art. 74). Más que de expectativa de derechos, se trata de derechos existentes pero condicionales. Para ello no se requiere recurrir a la ficción de que en cuanto en su beneficio se lo considera nacido". (Spota, Alberto G, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo 1, Volumen 31, El sujeto de Derecho, Los incapaces de obrar, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968, pág. 28).-

La ciencia médica también se ha pronunciado en el sentido que "...la supresión directa de un embrión o de un feto, incluso aunque estén malformados, es ilícita, porque el valor de la vida de una criatura humana no depende de sus prestaciones actuales o potenciales, o de su respuesta o no al estándar de calidad humana". (Faggioni, Mauricio P., El recién nacido..., página 280). Una solución diferente sería contraria a nuestro ordenamiento jurídico.- Recogiendo las palabras del Prof. Dr. Roberto Votta, vertidas en la conferencia dictada con motivo de su incorporación como miembro de número a la Academia del Plata, quien entre otros importantes conceptos expresó: "Con el avance tecnológico actual se pueden conocer afecciones prenatales que no tienen curación y que pueden dejar variables grados de incapacidad después del nacimiento. En estos casos se recurre a veces al aborto. Dice J. Lejuane (Lejuane, J, Dejados vivir, Madrid, Ed. Rial, 1980): "Detecto la enfermedad compruebo que no puedo curarla, entonces mato al paciente" y también " Surge aquí un juicio comparativo entre los beneficios alcanzados con estos avances y las acciones de violencia ejercidas sobre el embrión o el feto. Entendiendo por violencia las acciones que recaen sobre ellos y que solo son de conveniencia para los demás, mucho más cuando se lesionan sus derechos innatos o personales".- Debe tenerse en cuenta que como dice el académico citado ut supra "derivado del latín, aborto significa "privación del nacimiento". La expresión lingüística "interrupción del embarazo" es usada habitualmente para disimular su criminalidad".-

V. La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22 CN), vale decir, del mismo modo en que ella rige y es aplicada por los tribunales internacionales. Al haber reconocido el Estado Argentino la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la

citada Convención (confr. Art. 75 CN y arts. 62 y 64 Conv. Americana), es su jurisprudencia la que debe servir de guía de interpretación de los preceptos convencionales. No aplicar los tratados internacionales a que el país se haya vinculado implicaría responsabilidad de la Nación frente a la comunidad. De acuerdo a la Corte interamericana, los Estados Partes deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella" sino además "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción". Garantizar implica un deber para el Estado, y este deber es remover todos los obstáculos que puedan impedir a los individuos disfrutar los derechos que la Convención reconoce.-

En cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño, debe señalarse que cuando nuestro país manifestó su voluntad de obligarse por el mencionado tratado formuló la siguiente reserva: "La República Argentina declara que entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción".-

VI. De acuerdo al derecho positivo, avalado por el derecho natural, la supresión directa de un embrión o de un feto aun malformado es contraria al orden jurídico, pues corresponde tener en cuenta que el valor de la vida de una criatura humana no puede depender de sus calidades actuales o potenciales.- A lo expuesto se agrega que el denominado aborto eugenésico, o sea la despenalización del aborto cuando resulte probable que el feto nacerá con importantes taras - tanto físicas como psíquicas- siempre que se cumplan determinadas circunstancias de tiempo y de diagnóstico pericial, no es receptado por nuestro derecho.-

VII. Ampliando los dichos del doctor Balbín en el acápite II de su voto, cabe recordar que el aborto terapéutico sería eventualmente un caso de estado de necesidad, comprendido en la norma del art. 34 inc. 3º del C. Penal Argentino. Se trataría de causar un mal para evitar otro mayor. La doctrina es unánime en este punto, sosteniendo que en el aborto terapéutico, la expulsión del feto, tiene que ser aconsejada por el profesional interviniente, vale decir, que debe ser el médico quien recomiende, sugiera y detalle en qué casos procede la interrupción de la gravidez.- La Jurisprudencia es conteste en el sentido de que es el médico y no al juez a quien compete la decisión de practicar un aborto terapéutico.- Por los argumentos expuestos, y los vertidos en el voto del doctor Balbín, corresponde confirmar la sentencia apelada.-

En mérito a las consideraciones que ilustran los votos precedentes, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Asesor Tutelar, por mayoría de votos el Tribunal RESUELVE: Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide y ha sido motivo de apelación y agravios.- Sin costas (art. 14, cuarto párrafo, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires).-

Regístrese. Notifíquese, con habilitación de días y horas y en forma urgente, y

al señor Asesor Tutelar en su despacho.-
Oportunamente devuélvase.-
Déjase constancia de que el Dr. Esteban Centanaro suscribe el presente en los
términos de la Resolución CM 463/00.//-

FDO.: Inés M. Weinberg de Roca (en disidencia) - Carlos F. Balbín - Esteban
Centanaro