

## **AUTORIZACIÓN DE INDUCCIÓN AL PARTO. UNA REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL.**

**Por Marcela I. Basterra<sup>1</sup>**

*"Reconocer el derecho individual de autonomía, hace posible la auto-creación. Permite que cada uno de nosotros seamos responsables de formar nuestras vidas de acuerdo con nuestra personalidad, coherente o incoherente, pero distintiva. Nos permite guiar nuestras vidas en vez de ser guiados para que cada uno de nosotros podamos ser lo que deseamos ser. Permitimos que una persona escoja la muerte en lugar de una amputación, o una transfusión, si ese es su deseo informado, porque reconocemos su derecho a una vida estructurada de acuerdo con sus propios valores"* Ronald Dworkin.

### **I-EL CASO<sup>2</sup>**

El día 26 de diciembre de 2000, 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 Sarda' ... 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 la realización de una inducción al parto

La motivación de tal pedido se fundamenta en que, tal como la amparista señala el día 17 de octubre de este año, como consecuencia de la realización de una ecografía, un médico del Hospital le comunicó "*el terrible diagnóstico, cual es el de que el feto no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anancefalia)*". Al enterarse del dictamen, le solicitó a profesionales del Hospital Municipal Infantil 'Ramón Sardá' la realización de inducción de parto, pero la respuesta es 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.

El Asesor Tutelar si bien sostuvo la competencia de la justicia contencioso-administrativa y tributaria local, solicitó el rechazo "in limine" de la acción, pues entiende que se trata de "un caso de eutanasia involuntaria" y que aquello que el amparista solicita es "la realización de una práctica abortiva". Sostiene que "dicha

---

<sup>1</sup> Profesora Adjunta Regular de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Expte. n° 715/00 "T. S. c/ Gobierno de Expte la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCBA)"

petición no tiene sustento legal, que a contrario encuentra serio impedimento en las normas que fulminan con la ilicitud a la conducta por la cual se solicita la orden judicial”. Agrega que “aún cuando la actora entienda que lo que está pidiendo aquí es una autorización para cumplir con una conducta especialmente despenalizada, no haría falta autorización judicial alguna, porque la conducta quedaría desincriminada luego de cometida, con la eventual intervención posterior del juez penal”.

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

La juez de 1° instancia se declaró incompetente decisión que es recurrida por la fiscalía y la asesoría tutelar

La Sala I de la Cámara, concordantemente con lo dictaminado por la fiscal que actúa ante la Cámara, revocó la declaración de incompetencia y dispuso la realización de una audiencia

El 27 de noviembre de 2000 se efectuó la audiencia convocada por la Cámara, a la que asistieron la amparista personalmente, su cónyuge y sus letrados patrocinantes, el Dr. Ricardo Horacio 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, que resulta de suma importancia para la decisión de la Corte, en razón que, posteriormente es tomado, en todos y cada uno de los cuatro votos a favor; 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**”* - dictamen suscripto por todo su equipo formado por una psicóloga; una médica especializada en genética médica; la médica Jefe de Departamento de Diagnóstico y Tratamiento y el médico a cargo del servicio Tocoginecología.

Por si el dictamen no fuera suficiente 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.. Agregó que “Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy, o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. Nadie lo reanimaría. 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”.*

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, (artículo 8)

El Asesor Tutelar, ante la decisión de la Cámara de tramitar el amparo en dicha instancia, interpuso recurso de inconstitucionalidad y, ante su denegación, recurso de queja ante el TSJ.

El TSJ, recalificando el recurso en los términos del inc. 4, artículo 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.

En primera instancia es rechazada la acción, por que la juez considera que lo solicitado es ni más ni menos que 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

La Sala I de la Cámara rechazó, por mayoría, el recurso confirmando la sentencia apelada

En contra de esta decisión la Sra. S. T. interpuso recurso de inconstitucionalidad, el que fue concedido por la Cámara. El mismo se fundamenta en las normas contempladas en el artículo 20, CCBA - el derecho a la salud- y, en la protección integral de la familia -art. 37, CCBA.

## **II- EL FALLO.**

La decisión el Tribunal superior a nuestro criterio es sumamente valiosa, puesto que por una mayoría de cuatro votos contra uno en disidencia, hacen lugar a la acción de amparo y otorga la autorización para la inducción al parto. Decisión que con posterioridad es reafirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo

del 1 de noviembre de 2001<sup>3</sup>, en el que se votó favorablemente a la decisión por una mayoría de cinco votos ( Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Bossert (según su voto), y tres en disidencia Nazareno, Boggiano y Petracchi, quien no se pronuncia en contra de la resolución del T.S de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que declara inadmisibile el recurso.

Las notas sobresalientes del fallo a nuestro criterio están dadas en las siguientes consideraciones:

**1.** En el voto del **Juez Maier**; cuando afirma *“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”... (Fundamentos I -3)*

Cabe resaltar las que consideramos las partes más importantes del voto; en primer lugar deja sentado que no se trata de un aborto, explicando que, siguiendo a toda la doctrina penal argentina, para que un caso pueda ser calificado como *aborto* deben concurrir tres elementos objetivos que son **1)** es indispensable la existencia de un feto vivo (pues, como se verá, el delito consiste en *matarlo*); Elemento que, sin duda, está presente en el caso. **2)** Es 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*

---

<sup>3</sup> El fallo de la C.S.J.N. está publicado completo en La Ley, Doctrina Judicial, 7 de marzo de 2001, p.523

*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*". Elemento que tampoco tenemos duda está presente. **3)** El tercer elemento, 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. 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.

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. (Fundamentos III, 3-6)

En segundo lugar en el voto se agrega que asimismo 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.

En tercer lugar es a nuestro criterio el más importante de los argumentos el que se refiere a Frente al principio de *autodeterminación procreativa* de los padres, esto es, la decisión de ellos, originada en el diagnóstico médico debidamente informado y la indicación consiguiente. *"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. (Fundamentos VI)*

**2.** En tanto la Juez **Dra. Ruiz**, exalta los derechos femeninos plasmados especialmente en la Constitución Nacional y de CBA; agrega que los mismos tiene fundamento en tratados internacionales con jerarquía constitucional. Especialmente en lo referente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 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)". (Fundamentos 2)*

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. (Fundamentos 5)

**3.** Del voto de la **Dra. Conde**; surge que la misma da especial valor y, considera que para la solución del caso deben evaluarse los tres principios bioéticos que son los siguientes **1)** 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. La magistrada considera que 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 consiente 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. **2)** El segundo principio es el de beneficencia-no maleficencia, éste responde al fin primario de la medicina, se centra en promover el bien para el paciente y evitar el mal – que, recordemos, el director del comité de bioética del hospital Sardá, Dr. Illia, ya había especificado que el principio en cuestión significa *“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”*. **3)** 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

*“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 maleficencia late en numerosas normas jurídicas, como el artículo 1109 del Código Civil y el de justicia es propiamente jurídico”* (Fundamentos V.)

**4.** El Juez **Dr. Muñoz** además de coincidir con sus colegas en varias de sus reflexiones, aporta a la sentencia, con claridad meridiana, el carácter ilegal y arbitrario de la exigencia de autorización judicial, -que compartimos- en los siguientes términos; *“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”*.(Fundamento V).

**5.** El Juez **Casás**, votó en disidencia, con argumentos más que sólidos y, difícil de rebatir, puesto que cuando se defiende el derecho a la vida, es especialmente difícil encontrar argumentos en contra. De su voto surge que: *“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”*

Remarca 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. Desde la Corte en los fallos: “*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*”; y en los recientes fallos “*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ Amparo ley 16.986*”, sentencia del 1° de junio de 2000 , y en “*Campodónico de Beviacqua, 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).”* (Fundamento 8)

Asimismo menciona la protección del artículo 4 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. 2° en el sentido que, para la República Argentina, “... se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción...”

En el voto mismo cuenta varias historias; sobre todo llamó mi atención una de ellas que personalmente considero que merece ser transcripta. “*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’.*

Afirmando por último 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.

### **III. Nuestro análisis**

1) Consideramos que resulta clarísimo que no se trata de un caso de “permiso para abortar”. Para que fuera así se tendría que dar lo que el Dr. Maier, denomina —siguiendo a la doctrina penal mayoritaria— tercer elemento del aborto y, es que la inducción al parto tenga como fin el resultado “muerte”. En este caso el resultado va a ser siempre y de cualquier forma la muerte, sea que la inducción se produjere en cualquier etapa del embarazo o se esperara a la conclusión del mismo.

Es importante dejar claro la diferencia, porque quizá algunos juristas al equiparar este tipo de casos al aborto hacen una defensa del derecho a la vida como un derecho absoluto o “casi absoluto”, opinión que respetamos, pero disentimos. Ya a principios de siglo nuestra propia legislación penal deja sentado que el derecho a la vida cede en determinados supuestos ( peligro para la salud de la madre y, en caso de violación a una mujer demente o idiota)

En 1996 hubo un caso idéntico (feto anencefálico), y fue resuelto en forma opuesta al presente<sup>4</sup> ello motivó el comentario del Dr. Mazzinghi que tituló “Autorización para abortar denegada”<sup>5</sup>. Consideramos que en el caso del aborto hay una “puja” entre el

---

<sup>4</sup> Causa n° 47.883 CNCIV., Sala A, octubre 9-1996 “ B. De S., H.C. y S., C. A s/ autorización”

<sup>5</sup> Mazzinghi Gabriel “Autorización para abortar denegada” ED, T. 172. págs 294-305

derecho a la vida del niño por nacer y la autonomía de la madre o la pareja a decidir tener o no un hijo<sup>6</sup>.

No es este el caso, aquí está en riesgo el derecho a la salud de la madre el cual no se puede entender actualmente tan sólo el perjuicio físico visible o detectable, sino que, tal como surge en nuestra Constitución (CCBA, 20, I), este derecho abarca, 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 en este caso el cónyuge y la hija de 12 años.

En el informe del Comité de Bioética, entre otros principio fundamenta la aprobación a la inducción del parto en el principio de Beneficencia, explicado como aquel 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. 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”*.

De manera tal que hay una colisión entre el derecho a la salud de la madre y el derecho a nacer ... pero a nacer para morir irremediamente y, sin duda, entonces nos deberíamos preguntar ¿ es más importante el derecho a nacer para morir que el derecho a la salud de la madre, entendiendo este derecho extensivo a la salud psíquica y a la salud del grupo familiar?. Indudablemente no se trata del “valor-vida” vs. “valor-autonomía de los padres”, ni “Valor vida vs. derecho a la salud de la madre”. Estamos ante un caso de “Valor Vida (por unas horas) porque irremediamente se producirá la muerte vs, Valor autonomía y/ o salud”. El valor que debe prevalecer no será a nuestro criterio el de nacer para morir inmediatamente sobre otros valores, en este caso superiores. Sostener lo contrario es una paradoja inadmisibles; que el Estado por un lado niegue el derecho a la inducción del parto y, por otro afirmen los médicos que cuando se dan nacimientos de éste tipo, no reaniman a los bebés para no utilizar recursos que a sabiendas y de antemano no darán ningún resultado.

Ya nuestro Código penal en 1921 consideró que el derecho a la vida no es absoluto y, que en caso de riesgo para la salud de la madre, prevalece este último. Solo que sería lamentable que siguiéramos considerando el concepto de “salud” restrictivamente a la salud física como hace casi un siglo. No es eso lo que surge de la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art.20) ni de la ley n°153 de la misma. Mucho menos aún de nuestra máxima ley en la que el derecho a la salud, en las condiciones prescritas se encuentra amparado en el artículo 75, inciso 22 protegida por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Entre ellos artículo 12,

---

<sup>6</sup> Gil Domínguez; Andrés; “Ley de salud reproductiva y procreación responsable en la ciudad de Buenos Aires. Un valiente adelanto tuitivo que armoniza la vida humana en formación y la libertad de intimidad. La Ley- Doctrina Judicial- 14/2/2001, pág.205

incs. 1° y 2° de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer; artículo 10, inc. 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, artículo 4, inc. I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De manera tal que coincidimos con la mayoría de la Corte en considerar que en este caso debe prevalecer el derecho a la salud de la madre, y la familia por sobre el derecho a nacer para morir.

2) El otro principio invocado en varias partes de la sentencia es el principio de autonomía personal o conductas auto-referentes; en este caso la posibilidad de los padres de decidir que hacer ante el futuro que les diagnosticaron.

El artículo 37 de la CCAB establece que *“Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coacción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”* creemos que no hay duda que se está reconociendo explícitamente el derecho a la autodeterminación procreativa de los padres.

Está diciendo claramente que cada pareja tiene el derecho a planificar “su familia”, y que no es un derecho que corresponda al Estado, el de relizar la “planificación familiar” de sus ciudadanos.

El *principio de autonomía*<sup>7</sup> de la persona humana es sin duda uno de los ejes del sistema de derechos individuales; y por lo tanto de los sistemas democráticos de gobierno que tienen como fin esencial al ser humano.

El principio de autonomía de la persona es una institución cuyo nacimiento puede atribuírsele al derecho anglosajón; puesto que lo consideramos una especie del derecho a la privacidad o a la intimidad; que comienza a analizarse en la obra de jurista ingleses y americanos. Mientras que el derecho a la privacidad o intimidad aparece como un reclamo de no-exposición al público; a la sociedad; el principio de autonomía aparece como un reclamo al respecto más absoluto por las conductas “autorreferentes”; es decir la no-intervención estatal en el plan de vida que cada ciudadano elige; reconociendo como único límite el de no dañar a terceros.

*“El único fin por el cual la humanidad tiene permitido, individual o colectivamente, interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede ser concretamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente”*<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Basterra Marcela I. “El Principio de Autonomía de la persona en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” Revista Jurídica UCES, n°1 primavera-verano, 1999, págs. 57-75

<sup>8</sup> Mill, Jhon Stuart “On Liberty”, en Three Essays, Oxford University Press, 1975, p.15

En el otro extremo, la versión *perfeccionista* sostiene que es misión del Estado hacer que los individuos adopten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia homologados, y en consecuencia el Estado interviene en gran cantidad de aspectos de la persona humana.

Consideramos un ejemplo muy claro para visualizar esta versión es lo que ocurre en algunos regímenes de medio oriente; tal el caso de Irán donde las mujeres tienen prohibido estudiar; y recién han logrado la abolición en Egipto, por ejemplo de la ley que otorgaba impunidad total a los violadores, siempre y cuando se casaran con sus víctimas, o sea que una mujer no tiene derecho en muchos casos ni siquiera a elegir su esposo. Esto es perfectamente entendible en éstos regímenes puesto que en general en la pirámide de Supremacía Constitucional consideran la ley islámica por encima de la Constitución; así el artículo 2 de la Constitución de Egipto de 1971 establece como fuente principal de legislación a la ley islámica; la constitución de la República Democrática del Yemen, obliga en el artículo 31 a salvaguardar el legado árabe e islámico; el artículo 2 de la ley de “Proclamación del Poder del Pueblo” de Libia de 1977 establece que el “sagrado Corán es la Constitución Yamahirita Libia”<sup>9</sup>. De esta forma el Estado elige cuales son los mejores planes de vida para sus habitantes y deben seguirlos so pena de severísimas sanciones. El margen de autonomía individual queda por cierto reducido a la nada.

Afortunadamente no es el caso de nuestro sistema constitucional en el que no hay planes de vida homologados y el derecho a las conductas autoreferentes está protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como por los tratados incorporados con su misma jerarquía en 1994.

El caso que nos ocupa entra perfectamente dentro de este concepto y está totalmente protegido por nuestras máximas normas. Aquí no hay daño a terceros, La anencefalia no tiene tratamiento posible, solo hay que esperar el nacimiento e inmediatamente la muerte del feto. El único daño posible era no permitirle a S.T, y su familia tomar una decisión avalada por principios bioéticos y derechos fundamentales básicos tal como evitar un daño quizá irreparable con riesgo de secuelas físicas y psíquicas para ella y su familia.

Si adscribimos al principio de autonomía personal, tendremos una sociedad pluralista, en la cual el buen médico y su esposa ( tal como lo explica en su voto el Dr. Casas) podrán decidir tener a su hijo, bautizarlo y donar sus órganos, y así sentir que su conciencia está en paz.

---

<sup>9</sup> Nino, Carlos Santiago “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p.312-313

Pero también La señora S.T y su esposo podrán decidir interrumpir el embarazo, dejar de sentir que es “una ataúd viviente” ( de sus palabras en la presentación del amparo) y comenzar ellos y su hija a elaborar el duelo lo antes posible, evitando secuelas psicológicas más graves aún que las de haber atravesado por el trance de un diagnóstico de anencefalia, y, también sentir que su conciencia está en paz.

Consideramos que en una sociedad avanzada, pluralista y tolerante, es necesario desde todos los ámbitos propiciar las discusiones en torno a posiciones antagónicas, como un signo de salud comunitaria.