

Aborto terapéutico (y un fallo paradigmático).

Por Rubén E. Figari

Sumario: I) Generalidades penales y civiles sobre el aborto; II) Aborto terapéutico; III) El caso judicial paradigmático; III – I) Voto de la mayoría; III – II) Voto de la minoría; IV) Conclusiones.

I) Generalidades penales y civiles sobre el aborto.

Bien se sabe que el ordenamiento penal sustantivo argentino no contiene una definición o concepto del aborto, como así tampoco de la acción típica que se necesita para la configuración del delito, simplemente se limita a determinar una punibilidad para “el que causare aborto”. De allí que el concepto ha quedado en manos de la doctrina y la jurisprudencia haciéndose una diferencia en cuanto al concepto jurídico y al concepto médico. Desde este punto de vista se ha especificado que el aborto es “la interrupción espontánea o inducida del embarazo, antes de que el feto haya alcanzado un grado suficiente de desarrollo como para poder sobrevivir fuera del útero”. Por otra parte tratando de amalgamar el derecho con la medicina se ha definido como “la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción y también su destrucción en el vientre de la madre” conceptos un tanto reñidos con lo previsto en el art. 87 del C.P. (aborto preterintencional). Carrara hablaba del “feticidio” entendido esto como “la muerte dolosa del feto dentro del útero, o como su violenta expulsión del vientre materno, de la que se sigue la muerte del feto”.-

Desde la óptica jurídica es indiferente que por acciones directas sobre el feto o sobre la madre se produzca la muerte dentro del seno materno o que aquélla se provoque por la expulsión del fruto del vientre materno. Por ende, también se ha dicho que es “aborto la interrupción del proceso fisiológico de la preñez con muerte del producto de la concepción en el seno materno o mediante la expulsión” ⁽¹⁾ o “la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causado por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno” ⁽²⁾ o “la interrupción del embarazo que tiene como consecuencia la destrucción del embrión o feto, ocurrida con posterioridad a los catorce días desde el momento de la unión de los gametos, desde cuando el *nasciturus* debería gozar de la total protección del Derecho Penal” ⁽³⁾ o “la interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la

¹ Nuñez Ricardo “Tratado de Derecho Penal”, t. III, vol. I, p. 161, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988; Creus Carlos “Derecho Penal. Parte especial”, t. I, p. 63, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992; López Bolado Jorge “Los médicos y el Código Penal”, p. 115, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1987

² Figari Rubén “Homicidios. Segunda edición corregida y ampliada”, p. 254, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004

³ Buján Javier, De Lange Marcela “Tratado de los delitos”, t. I, p. 418, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2004

consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo” (4). Estas últimas definiciones se centran en diferentes teorías respecto al comienzo de la vida humana – teoría de la fecundación, teoría de la singamia, teoría de la implantación o nidación y teoría de la formación del sistema nervioso central – (5) pues determinan el momento de la concepción, núcleo fundamental de la cuestión.-

Desde el punto de vista de la moral católica, tanto la terminología médica como la jurídica necesitan de un ajuste, pues, éticamente hablando, todo aborto directamente provocado o inducido es criminal al constituir un real homicidio. Además, en la moral y el Derecho Canónico, se distingue entre aborto procurado (cuando se lleva realmente a cabo) y solamente intentado (cuando se intenta o se defiende su licitud, pero no se efectúa); solamente en el primer caso se incurre en pena de excomunión *latae sententiae*, lo cual no significa que sea moralmente lícito declararse partidario del aborto. Finalmente, los moralistas establecen una diferencia esencial entre aborto directo, o propiamente dicho, y aborto indirecto, o solamente permitido (6). También en el Derecho Canónico se establecía la diferencia entre *corpus formatum* y *corpus informatum*, consistiendo el primero el que está en condiciones de recibir un alma, no así el segundo. “Esta distinción no tiene valor alguno en el presente, pero, sin embargo hay que resaltar que la cópula no coincide exactamente con el momento de la fecundación, lo que ocurre horas después de aquélla” (7).-

Lo concreto y real es que la protección del feto, desde su concepción, no sólo es tutelado por el Código Penal sino que, a raíz de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 que incorpora en el art. 75 inc. 22º los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal situación es abarcada por dichas disposiciones transnacionales, esto es: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 4.1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6 incs. 1º y 5º) y Convención para los Derechos del Niño. Antes de la reforma estaba incluido entre los derechos implícitos no enumerados del art. 33 de la C.N. (8). Por

⁴ Buompadre Jorge “Derecho Penal. Parte especial”, t. I, p. 189, Ed. Mave, Corrientes, 2003

⁵ Figari Rubén (ob. cit. p. 23 y sgtes.)

⁶ Basso Domingo, O.P. “Nacer y morir con dignidad. Bioética. Tercera edición ampliada”, p. 361, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991

⁷ Breglia Arias Omar – Gauna Omar “Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, t. I, p. 748, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001

⁸ La Constitución argentina no incluía en la declaración de derechos del art. 14, el derecho a la vida. Sin embargo existía acuerdo en la doctrina jurídica respecto que aquel derecho se encontraba reconocido y asegurado, implícitamente, en la norma base, por constituir la vida humana uno de los valores esenciales del liberalismo democrático y del iusnaturalismo teísta, presente en el Preámbulo de la Constitución y en el art. 19. El art. 33 también constituía una fuente de reconocimiento del derecho a la vida pues se parte de una “interpretación finalista, sistemática y dinámica de los preceptos constitucionales” (Cfme. Badeni Gregorio “Reforma constitucional e instituciones políticas”, p. 317/18, Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 1994). Pero antes de la reforma de 1994 la Nación ratificó la Convención Americana sobre los Derechos Humanos conocida como el Pacto de San José de Costa

consiguiente cualquier norma que favorezca el aborto en forma indiscriminada sería inconstitucional (⁹).

Existe una cierta disonancia en la redacción del segundo párrafo del art. 75 inc. 23° al proponer entre las facultades del Congreso el dictado de “... un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, *desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*” (la cursiva me pertenece). Se ha criticado con justicia la redacción de dicha normativa constitucional dado que en lugar de haberse consagrado la defensa constitucional del derecho a la vida desde la concepción, quedo plasmado como una garantía de protección social a la niñez desamparada al otorgar al Congreso tal atribución y de esta manera el derecho en cuestión terminó conformándose en una experiencia de “plan materno – infantil”. Se habla de la protección del niño “desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental” lo cual, con una redacción desafortunada, supone introducir una rareza biológica al dar por sentada la gravidez de las criaturas. Pero más allá de lo anecdótico, lo concreto es que el término “*desde el embarazo*” es poco feliz por su imprecisión porque resulta incongruente con el derecho a la vida como derecho implícito y con la respectiva reglamentación de los códigos de fondo (Código Civil y Código Penal) los cuales consagran como bien jurídico protegido al *nasciturus* desde la concepción, tal como lo hacen algunas de las constituciones provinciales (ver nota 8), al igual que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (¹⁰).

Rica aprobada por la ley 23.054 de 1984 y ratificada el 14/8/84 con reservas y aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño por ley 23.849 de 1990. (Cabe señalar que la República Argentina formuló una declaración unilateral en el sentido de que se entiende por “niño a todo ser humano desde el momento de su concepción, hasta los dieciocho años”) (Cfme. Gelli María A. “El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones” LL 1996 – A – 1455 y “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, p. 302 y sgtes., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004). Algunas constituciones provinciales, luego de 1983 en sus reformas han receptado en forma expresa el derecho a la vida, por ejemplo: Catamarca (art. 7), Jujuy (art. 19 inc. 1°), La Rioja (art. 19), Mendoza (art. 8), Río Negro (art. 16), San Juan (arts. 15 y 22), Santiago del Estero (art. 18), en tanto que otras consagran expresamente el derecho a la vida especificando su comienzo temporal “desde la concepción”: v.gr.: Buenos Aires (art. 12 inc. 1°), Córdoba (arts. 4 y 19 inc. 1°), Formosa (art. 5), Salta (arts. 10 y 17), San Luis (art. 13), Tierra del Fuego (arts. 13 y 14) y Tucumán (art. 35 inc.1°). Finalmente otras cartas provinciales se limitan al reconocimiento de la vida como derecho implícito, como lo hacen las constituciones de Corrientes (art. 29), Chaco (art. 11), Chubut (art. 5), Entre Ríos (art. 6), La Pampa (art. 27), Misiones (art. 29), Neuquén (art. 13), Santa Cruz (art. 8) y Santa Fé (art. 6) (Cfme. Figari Rubén (ob. cit. “Homicidios ...”, p. 19, nota 3)

⁹ “El hecho de que la CADH prescriba que la ley protegerá el derecho a la vida, y en general, que la protegerá desde la concepción, significa que según el tratado, lo único que éste tolera es que, excepcionalmente, no se lo proteja a partir de la concepción; o sea, que el tratado quizás admitiría causales muy restringidas y recaudos muy severos para el aborto especial – y nunca general -” (Cfme. Bidart Campos Germán “Los pactos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución” en “Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino”, t. III, p. 178, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991)

¹⁰ Figari Rubén (ob. cit. “Homicidios ...” p. 19) citando a Baigorria Claudia E. y Solari Néstor E. “El derecho a la vida en la Constitución Nacional (¿Desde la concepción o desde el embarazo?) LL 1994 – E - 1167

Debo coincidir con Donna en cuanto a que de lo que no hay duda es que para nuestro ordenamiento legal la vida se protege desde la concepción hasta la muerte y lo que cambia simplemente es la fuerza de tal protección, de esta manera será mayor desde el nacimiento hasta la muerte – homicidio - y menor desde la concepción hasta el nacimiento – aborto – ⁽¹¹⁾. Es que se parte de la base que la persona por nacer es persona, no forma parte del cuerpo de la madre embarazada y por lo tanto tiene derecho de nacer y que lo que se censura es que ese derecho no sea vulnerado ni por la madre ni por terceros. De allí que se debe considerar que el aborto es el hecho de *matar* a otro, que en cambio de ser una persona nacida con vida, es una que no ha nacido con vida independiente de la vida de la madre. Tanto en el aborto como en el homicidio existe una acción típica de matar. La diferencia está en que en el segundo caso se trata de un sujeto pasivo que vive fuera del seno materno, mientras que en el primer caso el sujeto pasivo se encuentra dentro de aquél ⁽¹²⁾.-

Ahora bien, si se está hablando de “matar” porqué aparece una pena tan disminuida en el aborto con respecto al homicidio siendo que en ambos casos se encuentra en juego una vida humana?.-

Al respecto se ha dado la explicación que si bien tanto en el homicidio como en el aborto el bien jurídico protegido es la vida humana, ésta no transita por un camino estático sino que en su devenir se producen una serie de transformaciones que tienen su predicamento en la consideración social.-

Señala Donna que la concepción y el nacimiento constituyen los dos momentos fundamentales de tal cambio valorativo que no le son indiferentes ni a la sociedad ni al derecho. Es así que con la concepción la vida queda definitivamente individualizada y marca el punto de inicio de su tutela jurídica por la sencilla razón de que se está en presencia de un nuevo ser humano único, irrepetible, plenamente identificable. Luego con el nacimiento - de producirse - se determina el momento de “socialización del ser humano” ya que se le atribuye la calidad de persona en el ámbito jurídico, con la consecuente capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. “Este cambio fundamental provoca una notable elevación en la valoración social, y consecuentemente jurídica, de la vida humana. Con el nacimiento el ser humano se incorpora a la comunidad, pasa a ser un miembro de la sociedad con total independencia de la madre que lo gestó, y aunque es verdad que el recién nacido sigue dependiendo de otro para vivir, ya no se trata de una dependencia necesaria de una única persona. El recién nacido puede vivir sin su madre, el feto no”. Es así que de acuerdo a estas diferencias que se han señalado en el desarrollo de la vida humana,

¹¹ Donna Edgardo “Derecho Penal. Parte especial”, t. I, p. 68, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999

¹² Laje Anaya Justo “El homicidio y el aborto en la doctrina judicial argentina”, p. 290, nota 482, Ed. Alveroni, Córdoba, 2004

se trata de llegar a una explicación en cuanto a las intensidades o incrementos de la tutela penal sin negar carácter humano a la vida en gestación (¹³).

La ubicación sistemática de las figuras delictivas que protegen la vida de la persona por nacer dentro del mismo capítulo – Delitos contra la vida – que contiene los delitos que atentan contra la vida de las personas nacidas, es un dato revelador de que, para el Código Penal, no existe diferencia sustancial en el valor vida común a ambas categorías de personas. En ambos tipos penales el bien jurídico protegido es la vida humana, valor fundamental por lo que es ella en sí misma y porque sin ella todos los demás bienes carecen de sentido y de razón de ser. Si bien, el acierto del codificador en la ubicación de los tipos penales protectores del *nasciturus*, no se repite cuando dosifica las sanciones, advirtiéndose una más enérgica protección respecto de la vida del nacido que la del no nacido, aunque cabe destacar que la diferencia es en cuanto a la intensidad de la pena, más no sobre el reconocimiento de la calidad del derecho a la vida que la ampara desde la concepción (¹⁴).

Lo dicho guarda relación con lo especificado por el Código Civil, más precisamente en el art. 63 cuando se expresa que: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, con lo que se admite de esta manera la personalidad del concebido y ya se le otorga una restringida capacidad de derecho, pero capacidad al fin.

Apunta Laje Anaya que las personas por nacer son, en primer lugar, personas actuales, lo cual significa que existen, y que son aquí y ahora. No son futuras. En tal sentido el Código Civil en el art. 63 no dice que serán personas las que estando concebidas nacieren con vida, sino que, enérgicamente dispone, para darles esa categoría jurídica, que son personas, y por nacer, las que están concebidas en el seno materno y lo que queda diferido para el futuro, para el nacimiento no es el derecho a ser persona, sino la adquisición de los derechos adquiridos como persona por nacer (¹⁵). Teniendo en cuenta que la protección de la vida empieza desde lo más simple, debe tratarse de aquella que esté en el seno de la mujer, cualquiera sea el medio utilizado para lograr su concepción. Así, se explica que “el producto de una concepción lograda fuera del seno materno, que no ha sido implantado todavía en él, que se sostiene artificialmente fuera del mismo (vida *in vitro*) aunque biológicamente puede catalogarse como *vida humana*, no es la que la ley protege bajo este título – aborto –, aún cuando su destrucción pueda afectar otros intereses y constituir otros delitos; pero si ese producto ha sido implantado ya en el seno materno, la protección

¹³ Donna Edgardo (ob. cit. p. 71 y sgtes.)

¹⁴ Lennon Lucas J. “La protección penal de la persona por nacer” en “El derecho a nacer”, p. 60, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993 citado por Baigorria Claudia E. y Solari Néstor E. (ob. cit. p. 1174)

¹⁵ Laje Anaya Justo “Estudios de Derecho Penal”. t. I, “Ectogénesis. Algunos aspectos civiles y penales”, p. 468, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2001

legal por medio del delito de aborto se da hasta el momento en que se produce el alumbramiento, cualquiera que sean las posibilidades de viabilidad de él: basta que funcione como complejo vital” (16).-

Cifuentes entiende que no son aplicables por analogía las normas de nuestro Código que se ocupan de la concepción en el seno materno, cuando se produce la fecundación *in vitro* (arts. 63 y 70) ya que el sistema del Código Civil determina presunciones y con el FIVET se establece el desarrollo temporal concreto y comprobado, que no es presumible. La concepción inducida o presunta y aproximada del Código Civil es completamente diferente a la fecundación programada y evolutivamente reconocida del FIVET, respondiendo a razones y esquemas no semejantes y que resulta impropio aplicar por analogía. La concepción en el seno materno, establecida por la ley vigente, se puede aplicar a la fecundación natural de la madre, pero no a la artificial que tiene un proceso aclarado, estudiado y no imprevisible y oculto (17).-

Por otra parte se ha afirmado que con la incorporación de los Tratados Internacionales al art. 75 inc. 22 de la C.N. quedan modificadas las normas legales del C.C. que se opongan o contradigan a aquéllos. Frente a la norma del art. 4 apartado 1 sobre los derechos a la vida de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su vida; a que ese derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción; quedan modificados los arts. 63 y 70 del C.C. en cuanto a la referencia de la concepción en el seno materno, los que se deberán entender referidos a aquélla, la que puede tener lugar dentro o fuera del mismo. También se debe afirmar que desde el momento de la fecundación ya hay signos característicos de humanidad y marcan el comienzo de la personalidad (18). Hay quienes distinguen entre vida humana y ser humano como realidades biológicas distintas, aún así se piensa, en ciertos casos, que la personalidad coincide con el comienzo de la vida humana, vale decir, con el acto de la fecundación (19). En contra Soto Lamadrid (20).-

Terragni, por su parte, expresa que como la unión puede realizarse ahora fuera del seno materno dando lugar a la fecundación *in vitro* y como el óvulo fecundado puede ser implantado en el útero de la mujer que no generó ese óvulo, resulta que la frase que utiliza el artículo de la ley civil – art. 70 – según el cual la existencia de las personas comienza “desde su concepción en el seno materno” resulta

¹⁶ Figari Rubén (ob. cit. p. 20, citando a Creus Carlos (ob. cit. t. I, p. 6))

¹⁷ Cifuentes Santos “Código Civil. Comentado y anotado”, t. I, p. 72, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003

¹⁸ “Desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide queda determinada la individualidad genética del nuevo ser; el desarrollo embrionario y fetal posteriores no afectan esa individualidad, ya sintetizada mediante los componentes genéticos de las células germinales originarias” (Cfme. Zannoni Eduardo “Inseminación artificial y fecundación extrauterina”, p. 88/89, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978

¹⁹ Bueres Alberto J. “Responsabilidad civil de los médicos”, p. 145, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992; Rinessi Antonio J. “La nueva visión del comienzo de la vida” LL 1994 – E - 1214

inadecuada a esos hechos de la realidad actual. Aún así, aunque la concepción se hubiese logrado fuera del cuerpo de la mujer, afortunadamente aún no se puede prescindir de la matriz para que esa vida germinal se desarrolle hasta adquirir (luego de las nueve lunas de las que habló el poeta José Pedroni) independencia. Quiere decir que mientras se necesite de la mujer, el comienzo de la existencia de la persona será aquel momento en que el óvulo fecundado comience el proceso de multiplicación de las células en el seno materno: hasta entonces no se cumplimentará (por no emplearse el seno materno) la totalidad de las condiciones indicadas por el art. 70 del C.C.: fecundación y uso de la matriz ⁽²¹⁾.-

Se puede afirmar que la vida humana empieza desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide ⁽²²⁾, pero sólo recibe protección desde que se produce el embarazo o preñez de la mujer, es decir, desde que el óvulo fecundado se fija en la pared del útero, ya que es éste el momento en que puede decirse que la madre ha concebido o quedó embarazada, el que no coincide con el fenómeno de la fecundación. Es a partir de entonces en que la destrucción del embrión o feto constituirá el delito de aborto siempre que esto ocurra antes del nacimiento ⁽²³⁾.-

En definitiva la acción típica sólo puede perpetrarse sobre una mujer embarazada o en estado de preñez no importando a tales efectos la forma o procedimiento por medio del cual se logró aquel estado, esto es, ya sea por una fecundación vía contacto carnal, inseminación artificial o implantación de un óvulo fecundado. Por ende, no constituye una acción típica impedir la fecundación del óvulo como tampoco la destrucción del mismo fecundado fuera del seno materno o cuando no haya sido implantado en él.-

Se vió más arriba, que algunos entendían que la protección penal debía comenzar desde el momento de la fecundación lo cual determinaría que la utilización de dispositivos intrauterinos (DIU) como medio de control de natalidad quedaría comprendida dentro de las conductas prohibidas por la norma, pues tales dispositivos

²⁰ Soto Lamadrid Miguel A. "Biogenética, filiación y delito", p. 171, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990

²¹ Terragni Marco "Delitos contra las personas", p. 87, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000

²² "Resulta forzoso admitir que, desde el mismo instante en el que un espermatozoide se ha introducido – o ha sido introducido (microinyección) – en un óvulo – "in vivo" o "in vitro" y aún antes de la concepción – stricto sensu -, nos encontramos ante un ser dotado de humanidad, que así ha comenzado su propio ciclo vital pues la ontogénesis (desarrollo) es un proceso gradual, caracterizado, principalmente, por su progresividad creciente, para alcanzar un fin estructural y funcional. En este orden de ideas, la concepción no es más que un momento de dicho ciclo vital - crucial, por cierto (ya que con ella opera la reunión de toda la información genética necesaria y suficiente para expresar las cualidades innatas del nuevo individuo) pero en modo alguno puede llegar a ser considerada como el instante en el que recién adquiriría humanidad ese nuevo ser, calidad esta última que, según lo antes expuesto, ya presenta el ovocito pronucleado" (Cfme. Paduczak Sergio y Squillaci María A. "Fecundación asistida" en

<http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/doctrina.htm>

²³ Soto Lamadrid Miguel A. (ob. cit. p. 171)

no impiden la concepción sino la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Por otra parte, al admitir la protección penal del *nasciturus* a partir de la fecundación, las conductas abortivas ocurridas durante el período anterior a la anidación no podrían castigarse sino como tentativa imposible, pues los medios científicos actualmente disponibles no permiten probar el embarazo en dicha etapa inicial, a lo que se debe agregar que la propia mujer sólo puede sospechar su estado de embarazo, pero desconoce si el mismo realmente se ha producido. Donna apunta que aquella posición conduciría a considerar como objeto de protección penal también al producto de un embarazo extrauterino, criterio que si bien no impediría la impunidad del aborto, dado el peligro que aquél supone para la mujer, y la posibilidad de recurrir a la indicación terapéutica, supone un injustificado retraso de la solución del problema. En concreto la protección penal comienza recién con la anidación del óvulo fecundado, quedando fuera de su alcance no sólo las acciones que impiden la fecundación, sino también las acciones o medios que como los aludidos dispositivos intrauterinos, evitan aquella anidación. Lo mismo ocurre con la preñez aparente ⁽²⁴⁾.-

Retomando el análisis de las disposiciones del Código Civil, el art. 64 admite que pueden adquirir bienes por donación y herencia, aunque dicha enumeración no es limitativa pues también son capaces de adquirir otros derechos y aún de contraer otras obligaciones, cuando unos y otros se avengan con la naturaleza de estos seres, tal sería el caso de un legado; créditos por causa de actos ilícitos que los han dañado moral y materialmente; créditos por alimentos, si la madre no goza de ese derecho o no puede reclamarlos para sí durante la gestación; ser beneficiario de un seguro de vida y acreedor de la correspondiente indemnización; derechos de carácter social; derechos derivados de los bienes percibidos, etc. ⁽²⁵⁾.-

Por otra parte el art. 70 del mismo ordenamiento legal dispone: “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. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. Los derechos y obligaciones a que hace referencia son los que se mencionaron *ut-supra* en el art. 64 y quedan consolidados con el nacimiento con vida. Ahora bien, el art. 74 del C.C. especifica que: “Sí muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido” lo cual importa que se coloca a la persona en una especie de condición

²⁴ Figari Rubén (ob. cit. p. 261 y sgtes.) En un sentido opuesto se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el polémico fallo “Portal de Belén – asociación civil sin fines de lucro c.M.S. y A.S.” del 05/03/02 LL 2002 – C – 487 y 697 con nota crítica de Bidart Campos Germán, Blanco Luis G. y Cerdio Jorge A. y Farrell (h) Martín D..

²⁵ Cifuentes Santos (ob. cit. t. I, p. 67)

resolutoria, según la cual se admite que es tal pero supeditada al acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida (²⁶).

Tanto el art. 63 como el 70, ambos del C.C. hacen alusión a la “concepción en el seno materno” lo cual era lógico para el momento en que se sancionó el Código Civil, debido – obviamente - a que no se conocían las técnicas de fecundación asistida, por ende, lo determinante es la “concepción” y el aditamento “en el seno materno” responde a un imperativo de la época. Pero lo fundamental es que se reconoce la personalidad jurídica del *nasciturus* desde la concepción.-

De todo lo antes expuesto se deduce sin mayor esfuerzo y en forma prístina que el aborto es punible en forma genérica en nuestra legislación vigente por las razones que se han puesto en consideración, como en tantas otras legislaciones comparadas. Que su despenalización no tiene cabida en razón de que tanto el derecho a la vida, como el derecho a la preservación y atención de la salud gozan no sólo de la protección constitucional sino también de la emergente de convenciones y demás instrumentos regionales e internacionales en materia de derechos humanos, hoy con jerarquía constitucional, a partir de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional.-

Esto como principio universal. Sólo existen dos circunstancias de no punición o de justificación que son las previstas por la misma ley penal y que están contenidas en el art. 86 incs. 1º y 2º del C.P.. Esta despenalización, como se verá *ut- retro* ha existido desde antaño y no constituye como por ahí - periodismo mal informado - se ha dicho, una inicial propuesta para la despenalización del aborto, lo cual deja traslucir una ignorancia sobre el tema ya que los casos puntuales están referidos a las dos circunstancias antes aludidas y no a otras.-

II) Aborto terapéutico.

Es así que el texto actual del art. 86 del C.P. propugna una punibilidad remisiva al artículo anterior (art. 85) – reclusión o prisión de tres a diez años para la práctica del aborto si se obrare sin el consentimiento de la mujer y se eleva hasta quince años si le sigue la muerte de ésta y en el segundo supuesto reclusión o prisión de uno a cuatro años si en el aborto se obrare con consentimiento de la mujer y se incrementa a seis años en caso de la subsiguiente muerte de aquélla – e inhabilitación especial por el doble tiempo de la pena para los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que *abusaren* de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo (²⁷).

²⁶ Orgaz Alfredo “Personas individuales” N° 7, p. 41/42 y 44, Ed. Assandri, Buenos Aires, 1961. También este autor menciona que el “razonamiento de Freitas y del codificador parte de un equívoco: el de asimilar vida humana con persona humana. Aunque haya vida desde el momento de la concepción, sólo existirá la persona (que supone vida individual y autónoma) desde el nacimiento. Si bien es admisible que la ley proteja al feto, aunque no sea persona, por respeto a la vida humana que ya existe y en consideración a la personalidad futura del concebido” (“La persona humana” en “Boletín del Instituto de Derecho Civil”, p. 152, U.N.C., abril – 1942, año 8, N° 2 – 3)

²⁷ Figari Rubén (ob. cit. “Homicidios ...”, p. 271/74)

Seguidamente en dicha normativa se prevé la ausencia de punibilidad en el caso del aborto practicado por un *médico diplomado* ⁽²⁸⁾ con el consentimiento de la mujer *encinta* si es realizado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, en el caso que dicho peligro no pueda ser evitado por otros medios (inc. 1º). No se va a tratar el inc. 2º en razón de que no es el propósito de este trabajo.-

Según se puede apreciar en la literatura jurídica los antecedentes legislativos nacionales de la mentada norma ya figuraban en el Proyecto Tejedor, Parte II, Libro I, Título I, § 5, art. 3; en el Proyecto Villegas – Ugarriza – García, art. 214; en el Código de 1886, art. 105; Ley 4189, art. 17 inc. 8º; Proyecto de 1891, art. 117; Proyecto de 1906, art. 90; Proyecto de 1917 al recibir tratamiento en el senado en 1919 recepta un importante agregado devenido del art. 112 del anteproyecto de Código Penal Suizo con la redacción actual del art. 86; Proyecto de 1937, art. 122 (hacía una remisión al art. 34 inc. 3º - estado de necesidad -); Proyecto de 1941, art. 121 (hacía lo propio que el proyecto anterior); Proyecto de 1951, art. 184; Proyecto de 1960, art. 120 inc. 1º. La ley 17.567 agregó la palabra “grave” en el inc. 1º cosa que también se mantuvo con la ley 21.338 y posteriormente por medio de la ley 23.077 se vuelve al texto original de la ley 11.179. El Proyecto de 1979 lo contenía en el art. 126 inc. 1º.-

Se ha interpretado que era más propicio no considerar que se estaba ante casos de impunidad sino en presencia de verdaderas causas de justificación. “En verdad se trata de un precepto superfluo, puesto que, acreditado que el aborto terapéutico es un caso de necesidad justificada, entra dentro de la correcta fórmula del Código de 1922, que figura como inciso tercero del art. 34” ⁽²⁹⁾. En igual sentido Ramos ⁽³⁰⁾, Gómez ⁽³¹⁾.-

Soler replica que en realidad este artículo exige más requisitos que los exigidos por el art. 34 inc. 3, pues impone que quien practique el aborto sea un médico y que éste proceda con el consentimiento de la mujer. Cataloga a la crítica como precipitada ya que el equívoco se genera por identificar la hipótesis del art. 86 inc. 1º con la del art. 34 inc. 3º “Una cosa es el aborto terapéutico preventivamente practicado, y a largo plazo, y otra muy distinta es la situación de necesidad. Esta supone siempre una situación de urgencia, expresada por las palabras “mal inminente”. El aborto terapéutico no contempla esa situación. En éste, el *mal* que

²⁸ Médico diplomado es quién ha obtenido el título que lo habita para actuar como tal, haya realizado sus estudios en el país o fuera de él, pero en este segundo caso cuente con una habilitación legalmente conferida; no requiere la matriculación (Cfme. Creus Carlos (ob. cit. p. 69))

²⁹ Jiménez de Asúa Luis “Tratado de Derecho Penal. Tercera edición actualizada”, t. IV, p. 393, Ed. Losada, Buenos Aires, 1976; “El aborto y su impunidad” LL 26 - 998

³⁰ Ramos Juan P. “Curso de Derecho Penal. Segunda edición”, t. V, p. 125, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1935/43

³¹ Gómez Eusebio “Tratado de Derecho Penal”, t. II, p. 145, Ed. Compañía Argentina Editores, Buenos Aires, 1939-1942

amenaza es necesario; pero la situación no lo es. Sería totalmente irrazonable que ante la existencia de un peligro para la madre derivado del hecho de estar embarazada, la ley admitiese como justificado el dictamen o la intervención de cualquiera. Esta es una cuestión delicada, que tiene *en el fondo* su justificación en la necesidad; pero sólo en el fondo. Para que funcione la hipótesis del art. 34 inc. 3º, y no sólo para los médicos, sino para una partera también o para otro sujeto, se requieren, pues, condiciones objetivas muy distintas a las de la tranquila consulta contemplada por el art. 86 inc. 1º ...” (32). Por otra parte en el caso en concreto se requiere el consentimiento de la mujer encinta “En este caso, se trata precisamente del consentimiento dado para la destrucción de un ser concebido e indudablemente protegido por el interés social. En caso de peligro para la vida de la madre, la ley, para la cual la vida de ésta es más valiosa, puesto que no la sacrifica forzosamente a la del hijo, respeta, sin embargo la decisión de aquélla, respeta su derecho, heroico si se quiere, a la maternidad y le reconoce a ella, y sólo a ella, el derecho de optar entre su propia vida y la del hijo. Nada tiene que hacer esto tampoco con el estado de necesidad a que se lo pretende reducir. Hallándose la madre en caso extremo y urgente, puede salvar su vida dando su consentimiento a cualquiera, y entonces se aplicarán los principios del estado de necesidad y del conflicto entre dos vías. Pero no siendo esa situación, es lógico que el aborto practicado *en frío* reúna los extremos prudentemente fijados por la ley” (33). Similar criterio adopta Terán Lomas (34).-

Según palabras de Rivacoba y Rivacoba, Nuñez critica con acierto la afirmación de Soler de que este eximente “tiene *en el fondo* su justificación en la necesidad; pero sólo en el fondo”, ya que “la frase “si este peligro no puede ser evitado por otros medios”, no puede dejar dudas sobre que estamos ante una situación de necesidad de proceder (nota 185)”, considerando que el aborto terapéutico es un caso especial de necesidad que, sin embargo exige requisitos distintos de los del art. 34 inc. 3º y precisando que no es una necesidad de hecho, producida, como en el art. 34 inc. 3º por la inminencia del mal que se quiere evitar, sino una necesidad científica, fundada en un juicio pericial *ex ante*, en la cual la ejecución anticipada y terapéuticamente oportuna del aborto, trata de evitar, precisamente el enfrentamiento efectivo, como final del proceso de embarazo, de la vida o salud de la mujer con las consecuencias dañosas de la crisis de dicho proceso (35).-

Este mismo autor, luego de sintetizar diversas opiniones, afirma que el aborto terapéutico es una modalidad del estado de necesidad que se singulariza y

³² Soler Sebastián “Derecho Penal Argentino”, t. III, p. 105/06, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970

³³ Idem (ob. cit. p. 106)

³⁴ Terán Lomas Roberto A.M. “Derecho Penal”, t. III, p. 214, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980-83

³⁵ Rivacoba y Rivacoba Manuel de “Las causas de Justificación”, p. 262, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995 citando a Nuñez Ricardo “Derecho Penal argentino”, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959 y “Manual. Parte especial. Primera reimpresión”, Ed. Lerner, Córdoba, Buenos Aires, 1978

difiere de la regulación general que recibe éste en el Código. Y agrega que es una pretensión errada sostener que la exigencia de que el peligro para la vida o la salud de la madre no pueda ser evitado por otros medios constituye un “recaudo que no se exige en el art. 34 inc. 3º”, pues supone olvidar el carácter subsidiario de cualquier acto cometido por necesidad ⁽³⁶⁾.-

Laje Anaya expone una particular visión del aborto terapéutico, pues a partir de considerar que se trata de resolver un conflicto entre la persona por nacer y la madre, entiende que en vez de ser una especie de estado de necesidad, se contempla una especie de legítima defensa de terceros. “En efecto, en el aborto terapéutico consideramos que el peligro para la vida de la mujer lo crea, lo causa la misma persona por nacer. Es que ella puede ser considerada como una agresora hacia la salud o la vida de la madre, y que además de ser agresora, esa agresión es ilegítima, y da lugar por ello, a la legítima defensa ...” ⁽³⁷⁾. Este autor parece contradecirse con lo expuesto anteriormente en su obra “Estudios ...” pues al abordar el tema de la ectogénesis ⁽³⁸⁾ en la nota 15, al hablar de las personas por nacer, sostiene que: “Esa existencia no puede ser aniquilada, destruida o hecha cesar; en primer lugar, porque las personas humanas por nacer, con el sólo hecho de ser, de existir, no agrede ilegítimamente a nadie de forma tal que pudiera dar lugar a una reacción lícita a título de legítima defensa (C.Penal, art. 34.6). Menos, pensar en un posible estado de necesidad porque en éste, el que causa un mal lo hace legítimamente para evitar uno mayor (C.Penal, art. 34.3). Desde esta perspectiva, la persona por nacer no es un mal; y sólo es una persona. Así de simple y así de real. Lo dicho no implica ni importa negar la posibilidad de que el derecho resuelva por el estado de necesidad, una situación conflictiva y entonces autorice la causación de un mal para evitar otro mayor e inminente ...”.-

Dentro del capítulo XIX “Causas de justificación” en el subtítulo “Estado de necesidad y otras justificaciones” (§ 42) Zaffaroni – Slokar y Alagia exponen que: “La *justificación del aborto* debe abarcarse dentro del *ejercicio del derecho a la integridad física o mental*, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico. Conforme a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del C.P.: *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*. Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede

³⁶ Idem (ob. cit. p. 263)

³⁷ Laje Anaya Justo (ob. cit. “El homicidio y el aborto ...”, p. 290)

con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones en el feto. En este sentido, cabe observar que la ley vigente – por lo general mal interpretada – es mucho más clara que otras y evita los problemas que han planteado textos menos inteligentes que, en definitiva, han debido desembocar en la famosa *indicación médica*, que no es otra cosa que el enunciado genérico del art. 86”⁽³⁹⁾.-

Roxin opina que “... cuando está en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones. Ante el derecho toda vida humana ... tiene el mismo rango, y no existe un diferente “valor vida”. Algunas opiniones, entienden que es posible la justificación, con ciertas restricciones, en razón que no podría estar prohibido disminuir un mal que si no será inevitable y aún mayor. Que un derecho razonable no puede prohibir que al menos se salve una vida cuando es imposible salvar ambas. Que si bien nadie se puede arrogar una vida sobre otra, cuando no habiendo oportunidad de salvación para el que se mata en bien de los demás, parece requerida la justificación. Asimismo cabe mencionarse los casos de estado de necesidad defensiva, en los que se producen conflictos desencadenados por seres humanos donde están en juego la salud y en otros la vida, por lo que es procedente, según la opinión de algunos autores, la fundamentación de estos principios a fin de lograr una solución. Roxin señala cuatro grupos de casos en los que la defensa frente a un peligro de origen humano debe enjuiciarse por la justificación del estado de necesidad. En casos de conflictos entre dos vidas, esto es, valores del mismo rango, se admite el principio de estado de necesidad defensivo como última instancia para salvar, por ejemplo, a la madre, debiendo ésta, previo soportar en la medida de lo posible los daños de mediana entidad, dada su posición de garante. Sobre este particular también hay quienes entienden que debe resolverse en el plano de la causa supralegal de exclusión de la culpabilidad, pero se dejaría abierta la puerta que ante el conflicto existencial entre la madre y el hijo, el médico, podría elegir por uno u otro, y por ello es culpable. En tal sentido y como mejor solución se inclina la doctrina seguir el criterio de la ponderación de intereses y de esta manera responder al deber de salvar a la madre como deber de superior rango⁽⁴⁰⁾.-

El mentado art. 86, como se ha visto, en el primer párrafo condena el aborto profesional llevado a cabo por los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren para este menester. Tratándose de un delito especial propio debido a que es exigible en el autor una condición específica.-

³⁸ Laje Anaya Justo (ob. cit. “Estudios ...”, “Ectogénesis. Algunos aspectos civiles y penales”, p. 471)

³⁹ Zaffaroni Eugenio R., Slokar Alejandro, Alagia Alejandro “Derecho Penal. parte general”, p. 641, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003

⁴⁰ Parma Carlos “Código Penal de la Nación Argentina. Comentado. Tomo I, arts. 1º a 78 bis”, p. 139/40, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005

Pero en el segundo párrafo no se pune la actividad del médico diplomado cuando practica un aborto con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre en el caso que no pueda ser evitado por otros medios y con el consentimiento de la mujer encinta.-

En este preciso y específico caso – junto con el contenido en el inc. 2º - ante un conflicto o colisión de bienes la ley resuelve la elección dando primacía a la vida y la salud de la madre sobre la vida del feto, justificando la actividad del médico. Se trata de una causa de justificación particular o específica basada en razones terapéuticas.-

Si bien al médico le corresponde, conforme la *lex artis* ⁽⁴¹⁾ determinar la gravedad de la situación y que la misma no puede ser evitable por otros medios dañosos para la vida del feto, aún se requiere el consentimiento de la mujer – expreso o tácito (Creus, Nuñez, Estrella – Godoy Lemos), no puede ser presunto. Expreso lo requiere Donna -. Lo importante es que dicho consentimiento sea prestado con libertad y discernimiento sin que sea menester que sea dado por escrito o con algún otro tipo de formalidad. Desde luego que no es válido de ninguna manera en el caso de que haya un vicio que induzca a error. No es factible que sea reemplazado por el de los representantes legales, como es el caso del inc. 2º.-

Es decir, que los actores protagónicos en esta circunstancia son el médico y la mujer encinta, con exclusión de otra persona, organismo u operador judicial ⁽⁴²⁾ ^(42. bis). No obstante si el médico actuó igual, su actividad sería impune en caso de darse los recaudos del estado de necesidad genérico determinado por el art. 34 inc. 3º del C.P.-

⁴¹ Cabe apuntar que en los establecimientos de mayor complejidad existe un comité de bioética que genera un dictamen al respecto.

⁴² “No corresponde al Juez otorgar autorización para practicar un aborto, fundado en la existencia de un peligro para la vida de la madre, pues es el médico a quién compete tal decisión con el consentimiento de aquélla” (Juzg. Civ. Com. Nº 25, 27/5/85, JA 1989 – III – 355). “La autorización judicial no es necesaria como condición previa para el aborto, ni el Juez está obligado a intervenir frente a una petición expresa en tal sentido. El Juez, sea del fuero penal o civil, carece de competencia para decidir una cuestión de esta naturaleza. La decisión para abortar, en estos casos, pertenece al ámbito privado del individuo, sin que ello importe compromiso alguno para el orden público ni para los derechos de terceros” (Cfme. Buompadre Jorge (ob. cit. p. 207))

^{42. bis} Señala Gil Domínguez con suma crudeza que: “Es insoportable ver como en este país la pobreza se castiga aún en aquellas situaciones en donde claramente el ordenamiento jurídico posibilita la realización de determinadas conductas. ¿O a caso los médicos le pedirían autorización a un juez para operar una vesícula o hacer un by pass?. Seguramente no, pero como el aborto tiene una “connotación especial”, aunque el ordenamiento lo permite en los supuestos en donde se verifique peligro para la vida o la salud de la mujer, no lo practican por miedo a los “futuros juicios”. Si un médico tiene un problema de principios, la objeción de conciencia lo protege. Si un médico tiene temores de realizar su arte (aún contando con Comités de Bioética que puedan aportar una fundamental opinión interdisciplinaria), lamentablemente se ha equivocado de profesión; porque sino qué sentido tiene acudir a un juez (que por ser abogado y tener conocimientos de medicina) consultará con otro médico para verificar si la conducta está prohibida o permitida según los saberes del arte de curar. Y mientras tanto el tiempo corre y el daño (físico, moral y psicológico) en la mujer (pobre) se profundiza. (Cfme. Gil Domínguez Andrés “El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial”, 34 y sgtes. “Suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal”, LL 29/07/05

Con respecto al médico puede darse la posibilidad de que aquél adujere objeción de conciencia lo cual queda amparado por prescripciones constitucionales (art. 19 C.N.) y pactos internacionales. No obstante ello si el hospital es público y no hay posibilidad de que se realice por otro médico, el deber de médico y de funcionario público prevalece sobre la objeción de conciencia, ya que el valor de la vida de una persona es mayor al problema de conciencia ⁽⁴³⁾.-

Soler y otros autores ya habían adelantado que existía una sutil, o no tanto, diferencia entre los que encasillaban esta cuestión en el estado de necesidad al extremo de ser eliminado el precepto en los Proyectos de 1937 y 1941 por las similitudes que existían. En efecto, en el estado de necesidad, la fórmula imbricada se aplica tanto al interesado como a un tercero, en tanto que en el caso del aborto terapéutico se excluye la intervención de la interesada o un tercero admitiéndose sólo la del médico diplomado. Como segunda objeción se enuncia que el estado de necesidad no hace referencia alguna al consentimiento, requisito indispensable en el aborto terapéutico por parte de la mujer encinta. En tercer término, el estado de necesidad requiere un conflicto de bienes jurídicos que busca su solución o resolución en la dirección de que el mal causado debe ser menor que el que se trata de evitar, en cambio que en el aborto terapéutico el conflicto de intereses o colisión de bienes se encuentra dilucidado por ley que privilegia la evitación del peligro para la vida y la salud de la madre en detrimento de la vida del feto. Finalmente, el estado de necesidad presupone un mal inminente, circunstancia que no se advierte en el aborto terapéutico que puede ser previsto con suficiente antelación y como una necesidad científica, fundada en un juicio pericial *ex ante*, en la cual la ejecución anticipada y terapéuticamente oportuna del aborto trata de evitar, el enfrentamiento efectivo, como final del proceso de embarazo, de la vida o salud de la mujer con las consecuencias dañosas de la crisis de dicho proceso ⁽⁴⁴⁾. Sin embargo como ya se anticipó *ut-supra* si se da una situación de urgencia y aún sin el consentimiento de la mujer, son válidos los presupuestos del mentado estado de necesidad del art. 34 inc. 3º.-

III) El caso judicial paradigmático.

En la causa “C.P.d.P.,A.K.- autorización” ⁽⁴⁵⁾ la actora, por sí y en representación de sus hijos menores, requirió autorización judicial para interrumpir su embarazo pues padecía de una miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función matricular, con episodios de insuficiencia cardíaca descompensada y limitación de la capacidad funcional, así como endocarditis bacteriana y arritmia crónica con alto riesgo de morbilidad materno infantil. Todo ello debidamente certificado por los servicios de obstetricia y cardiología del Hospital Público, Hospital Interzonal General de Agudos “Evita” donde es asistida. El Juez en trámite,

⁴³ Donna Edgardo (ob. cit. p. 88)

⁴⁴ Nuñez Ricardo (ob. cit. t. I, p. 341)

dando el carácter de medida autosatisfactiva, declaró que se encuentran facultados los profesionales médicos para realizar la práctica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la actora, circunstancia que es mantenida por el Tribunal de Familia N° 2 de Lomas de Zamora.-

Contra tal decisión se alza el Asesor de Incapaces N° 2 interponiendo recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley mientras que el titular de la Unidad de Defensa N° 1 recurre mediante impugnaciones extraordinaria de nulidad e inaplicabilidad de la ley, en representación de la persona por nacer. Así las cosas el factum llega a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que decide sobre la cuestión.-

La primera cuestión referida al tratamiento del recurso extraordinario de nulidad es desechada por unanimidad (voto de los Dres. Genoud, Roncoroni, Pettigiani, de Lazzari, Soria, Kogan, Negri, Sal Llargués y Piombo).-

III – I) Voto de la mayoría.

La segunda cuestión que va al meollo del problema transita por posiciones antagónicas. Rescato, en mi concepto, el más ilustrativo de los votos que pertenece al Dr. Roncoroni, lo cual no va en desmedro de las otras opiniones de los demás sufragantes.-

Aunque no en ese orden, sostiene que la petición debería haber sido rechazada in limine, pues al ser encausada la cuestión dentro de los parámetros del art. 86 inc. 1° del C.P. no se requiere autorización de los jueces y tampoco sería prudente que lo hicieran. *“Si por caso, el cuadro temido se desatara en estos momentos mientras los Ministros de esta Corte debatimos en torno a la autorización pedida, sería insensato que los médicos no actuaran a la espera de que terminemos nuestra cavilaciones, e incluso, de que se recorran los tramos y los tiempos de un eventual recurso federal. Si esto ocurriera la posibilidad de dar satisfacción al derecho de la solicitante – o lo que es igual, la operatividad y eficacia del derecho en sí mismo – se habría desvanecido, del mismo modo, quizás, que la vida de la madre y el feto que anida en su vientre, por una insoportable falta de atención oportuna ... ni los prestadores del servicio de justicia, ni los prestadores del servicio de salud, habrían dado respuesta en tiempo propio a las necesidades de quién acudió a ello en procura de proteger el derecho a su salud y su vida ...”*.-

Con referencia al art. 86 del C.P. el Magistrado sostiene que los únicos protagonistas de este acto médico tanto en los períodos previos o iniciales de información y gestación de la decisión, como en los subsiguientes de toma responsable de la misma y los finales dirigidos a concretarla o actuarla, no son otros que la mujer encinta y el médico diplomado quien es el único dotado con el bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permita apreciar, con la debida justeza, si el

⁴⁵ www.eldial.com del 29/06/05 y www.laleyonline.com.ar

grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopción de la práctica que ella consiente y si no hay otro medio de evitarlo y si alguna duda tiene el galeno se deberá acudir a una consulta o a la junta con otros profesionales del arte de curar y al Comité de Bioética – tal como se hizo en el caso en examen – pero nunca al Juez. Agrega “... *ni es admisible que los médicos verbalmente (según refiere la actora a fs. 130) supediten su intervención a la autorización judicial en procura de proteger o resguardar su responsabilidad, ni que sobrevuelen por todas estas actuaciones y por encima de los gravísimos riesgos a que se encuentra sometida su paciente, los temores despertados ya por la incriminación del delito descrito en la primera parte del art. 86 del C.P., ya por esa suerte de fiebre epidémica de responsabilidad médica, conocida como “mala praxis” ... pertenece al campo de la discrecionalidad técnica y científica del profesional el determinar si se da la situación descrita por el art. 86 inc. 1º. El no necesita ni debe requerir complemento judicial alguno para el cumplimiento del acto médico por él aconsejado – previas consultas, juntas médicas o dictámenes de comisiones de bioética, si lo reputare necesario - . Entra en el marco de su propia responsabilidad decidir si debe ejecutar o no dicho acto médico y serán siempre las circunstancias de cada caso las que permitirán decir si él respondió a su deber hipocrático. Si concurren las circunstancias que le señalan la ley y el mismo ordenamiento ético de su profesión, nada se le habrá de reprochar si lleva a cabo la intervención. Lo mismo si no lo hace, mientras su negativa sea una expresión lícita de su libertad de conciencia y de su libertad de autodecisión (libertad de conclusión o libertad de contratar). Pero cuando deba actuar inexcusablemente porque así lo imponen la necesidad o la urgencia que no admiten esperas ni dilaciones (art. 13 inc. “c”, Cod. de ética y 19 incs. 1º y 2º , ley 17.132), su conducta será reprochable, incluso, en determinados y casi excepcionales casos, puede llegar a tipificar el delito de abandono de persona”.* Sobre este mismo tópico se pronuncia en igual sentido el Dr. Pettigiani aunque luego disiente en lo esencial. El Dr. de Lazzari concluye en que el thema decidendis traído a decisión no constituye una cuestión justiciable ni resulta objetivamente proponible.-

En la primera parte de su voto el Dr. Roncoroni acudiendo a las citas de Soler señala que el inc. 1º del art. 86 tiene en el fondo su justificación en el estado de necesidad aunque la norma en particular tiene características especiales y agrega que no se está hablando del llamado aborto “voluntario” de modo que se complica la decisión con referencia a problemas que la doctrina o la prensa suelen abordar de modo general al tratar la temática. No se está haciendo planteos sobre conflictos entre lo que es privado y lo que es público o sobre las elecciones individuales y los intereses sociales sino que lo que se está tratando es de la necesidad de una persona de recurrir a médico diplomado para que eviten un peligro para la vida o la salud lo cual no significa negar el valor de la vida ni tampoco debatir sobre el momento en

que ella comienza “... *la madre acaso decida no tomar un medicamento que es vital para su salud, pero que es dañoso para la de su hijo. Otra madre puede pensar que es mejor afrontar el riesgo de morir que el de no tener descendencia. Sin embargo, la ley no habrá de penarlas si su decisión es distinta; y no me refiero a una ley recién sancionada, de esas que cambian todos los años, sino a una regla que siempre ha estado presente en nuestro Derecho, y que recogen casi todas las legislaciones del mundo. Las leyes que exigen el heroísmo propio de los santos, requieren que los encargados de aplicarla tengan la crueldad propia de los demonios. Nuestro derecho no le dice a la peticionante “vaya señora y afronte el riesgo de la muerte”. Al comprender que órdenes de esta clase no pueden ni deben darse, nuestra ley no declara que una vida sea más importante que otra, sino que se compadece con la debilidad humana en estas extremas circunstancias, y se abstiene de imponer castigos*”. Más adelante refiere que la mujer no juzga ella misma si el aborto es necesario ya que la ley confiere esa decisión a quién puede evaluar seriamente su salud, de tal manera que el aborto impune del art. 86 inc. 1º se encuentra claramente alejado del aborto “voluntario” de otras legislaciones. La voluntad de la mujer es sólo negativa, esto es, puede negarse al aborto y decidir tomar todos los riesgos pero lo que no puede es afirmar que el aborto es necesario, de allí que la decisión esté reservada al médico como una consecuencia necesaria del fundamento de impunidad que describe la ley que sería la necesidad. Luego habla de el llamado “tiempo destructor”. Acompañan el tenor de esta decisión, aunque con algunos matices, los Dres. Soria, de Lazzari, Kogan, Sal Llargués y Piombo.-

III – II) Voto de la minoría.

El Dr. Genoud señala que se está ante un proceso sui generis debido a las circunstancias de no existir una normativa expresa para la tramitación de la autorización judicial requerida por ende, a fin de no frustrar una garantía constitucional con posibilidad cierta de afectación del derecho esencial a la vida debe flexibilizarse los requisitos formales de admisibilidad. Agrega que el riesgo cierto que se discute, aunque probable, no era inminente de lo contrario esta circunstancia hubiese obligado a los médicos a resolver la situación de acuerdo a las normas específicas que regulan su actividad, sin necesidad de venia judicial alguna. Luego hace alusión a los Pactos Internacionales referidos al reparo de la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. Puntualiza que la sentencia impugnada el a quo se limitó a plantear la solución del caso encauzando “sorpresivamente” la demanda como media cautelar autosatisfactiva *in audita et altera pars* con la consiguiente denegatoria de prueba por lo que se le negó la oportunidad al recurrente de poder demostrar por intermedio de un perito de la Asesoría Pericial de Tribunales que existe la posibilidad de sobrevivida materno filial de continuarse el embarazo mediante un tratamiento alternativo de acuerdo a los factores de riesgo de la

peticionante. Seguidamente considera que sin perjuicio del proceso adjetivo que se escoja, la afectación del derecho a la vida debe ser la *última ratio*, haciendo hincapié, en consecuencia, en la cuestión probatoria expidiéndose en definitiva, por la anulación de la sentencia recurrida.-

El Dr. Pettigiani luego de expedirse en la forma que *ut-supra* se señaló en cuanto a las inconveniencias de las autorizaciones judiciales en estos casos. Se exploya en las cuestiones referidas a los bienes en conflicto de igual valor. Aduna sobre el concepto de que en forma afirmativa la maternidad obliga a soportar riesgos y el estado de necesidad sólo puede invocarse y juzgarse a posteriori de cometido el acto que lo implicó, nunca antes, de lo contrario se podría consagrar un verdadero “bill” de indemnidad. Apunta que se debe analizar si la situación de riesgo para el bien jurídico alternativo a que se quiere preservar no ha sido creada intencionalmente por el supuesto necesitado o le es imputable a título de culpa, imprudencia, negligencia enmarcando el caso en sí la “... *conducta de la embarazada ha sido todo lo cuidadosa que su condición de madre requería (la obesidad y el tabaquismo abrirían un interrogante en este sentido) ...*”. *No dejo de advertir en el caso, sin embargo, que el pedido que se trata procura como única solución terminar con la vida del menor y es ante ese riesgo cierto, inminente y anunciado, que, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, me veo como juez compelido a intervenir en defensa de la vida que es la que se encuentra inmediatamente amenazada, sin dejar de tener en cuenta la protección que simultáneamente debo brindar a la madre de la que se afirma que también corre un peligro cierto aunque no ha quedado suficientemente aclarado en este expediente hasta qué punto ese peligro no puede ser mitigado, y si no constituye el riesgo que – en mayor o menor medida – afrontamos los seres humanos en razón de enfermedades crónicas o circunstanciales de variable intensidad en cuanto a su gravedad en ocasionales trances de nuestra existencia, que pueden ser sorteados recurriendo a tratamientos o cuidados especiales ...*”. Por tal razón entiende que debió denegarse la autorización peticionada. Especifica que el reclamo de la actora tiene su sustento en gran parte en argumentaciones que corresponde a una distinta plataforma fáctica, cual es la situación del feto que padece anencefalia, supuesto sumamente específico y que no pueden tener cabida en este caso. Indica que los médicos califican el estado de salud de la actora como grave pero no señalan que el conjunto de patologías generen en la actualidad el peligro extremo o lo lleven a la muerte cierta de la madre. “... *Si en ambos casos existen riesgos a tenor de la información médica reunida en la causa, preferir aquella opción que conlleva de manera segura la muerte de una persona por nacer por sobre la que la conserva me parece manifiestamente insostenible ...*”. Se pregunta que sucede con el médico que reviste la condición de persona distinta de la que se encuentra en peligro, aseverando que se trataría de una ayuda necesaria en base a la bibliografía que cita.

Considera que se debe preservar la vida de dos personas que presentan sólo un distinto estado de desarrollo. “... *En síntesis, es el médico a quién corresponde adoptar todos los medios tendientes a preservar la vida de la madre durante el curso del embarazo y la viabilidad del feto debiendo tan sólo ante el fracaso de todas las terapias empleadas y la inminencia de un resultado letal resignarse a la actuación del principio de doble efecto (salvar uno de los bienes en juego aunque a sea a costa de producir un mal en el otro). Será esta la última ratio cuando ya el arsenal de medios técnicos y propios de su lex artis científica esté consumido ...*”. Transcribe bibliografía específica sobre el particular y alude a los Tratados Internacionales los que protegen categóricamente la vida humana cualquiera sea su estado y condición por lo que resulta inviable la pauta penal (art. 86 inc. 1° del C.P.) que ha sido aplicada dada la tácita derogación por la adopción por la Constitución Nacional de los Tratados Internacionales los cuales tienen carácter operativo. En definitiva se pronuncia sobre que dejando a salvo de que la competencia para decidir en el caso es del profesional médico, cuya responsabilidad en la toma de tal decisión será la misma que en cualquier otro caso, considera que debe hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. Acompaña esta decisión el voto del Dr. Negri el cual según la opinión de Gil Dominguez no constituye una sentencia porque no cumple con los mínimos exigidos por el orden constitucional para confeccionar una decisión jurisprudencial. “Bajo el ropaje formal de la exclusiva intervención médica, se asemeja más a una suerte de panegirico de consciencia de un alma atormentada por el caso que debe afrontar, que a una decisión judicial motivada. Los magistrados son designados porque se presume su capacidad para resolver los casos difíciles en el marco de la legalidad constitucional. Pensemos un minuto en la mujer embarazada cuya vida o salud corren peligro, que ante tal situación, recibe un fallo que sostiene que “*La maternidad y el amor tienen un riesgo*” y que “*el amor es un riesgo*”, y que por ende, le impide formalmente interrumpir el embarazo de forma inmediata”⁽⁴⁶⁾.-

IV) Conclusiones.

Como se podrá apreciar del contexto de lo expuesto como así también del contenido de los diversos sufragios emitidos por los miembros de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires en el fallo en cuestión, el núcleo del tema, reviste diversas aristas y complejidades tanto desde el punto de vista jurídico, ético, axiológico y social. No obstante ello se puede destacar:

- a) Que resulta indiscutible que la protección jurídica de la vida comienza desde la concepción *intra* o *extra corpore* con posterioridad a la anidación en el seno materno, circunstancia reconocida y tutelada por la Constitución Nacional y los Tratados Regionales e Internacionales que han adquirido jerarquía constitucional en virtud de lo establecido por el art. 75 inc. 22°.

⁴⁶ Gil Dominguez Andrés (ob. cit. p. 34 y sgtes.)

- b) Que la destrucción del feto sea por la madre o con la intervención de un tercero constituye delito y por ende es punible por la normativa penal. Y así debe seguir siendo.-
- c) Que el art. 86 inc. 1° e inc. 2° conceden una autorización legal o exime de punición al médico y la mujer encinta, en el primer caso, a fin de realizar un aborto terapéutico cuando se den las causales allí establecidas. En el segundo caso, hace lo propio en lo concerniente al médico y el representante legal.-
- d) Que dichas disposiciones no están reñidas con el ordenamiento constitucional.-
- e) Que en el caso del inc. 1° (motivo de este ensayo) los únicos que toman parte del evento son el médico diplomado y la mujer encinta con prescindencia de cualquier otra opinión (llámese judicial) por tanto es irrelevante e innecesario la solicitud efectuada en tal sentido.-
- f) Que el fallo que se ha analizado a la luz de lo expuesto, recepta estos principios.-