

**LA PERSONA POR NACER EN LA
PERSPECTIVA DE LA CORTE SUPREMA**

*Comunicación del académico Dr. Alberto Rodríguez Varela,
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 27 de junio de 2001*

LA PERSONA POR NACER EN LA PERSPECTIVA DE LA CORTE SUPREMA

Por el académico DR. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

I. La persona concebida

El gran debate de nuestro tiempo es el que gira en torno a la naturaleza de la persona humana en su etapa inicial de vida. Porque cuestiones que hace sólo tres décadas muy pocos controvertían hoy son discutidas en todo el planeta. Se ha producido una verdadera mutación global en creencias e ideas, al amparo de un creciente relativismo moral que tiende a transformar al hombre de sujeto en objeto, dando así paso a un materialismo que degrada la condición humana.

El tema no concierne simplemente a la biología. Estamos frente a una cuestión antropológica de vital significación. Porque como lo señala Olsen A. Ghirardi, “la fusión del espermatozoide con el óvulo implica un problema metafísico. No se trata simplemente de un problema físicoquímico, fisiológico, genético o embriológico”¹. Se trata del comienzo de la existencia de esa sustancia individual que denominamos persona humana, cuya definición concierne tanto a la filosofía antropológica como al

¹ *Hermenéutica del Saber*, Gredos, Madrid, 1979. Ver también: Armando S. Andruet: *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación in vitro en particular*, EL DERECHO, tomo 127, pág. 805.

mundo jurídico².

El desarrollo impresionante de la biología en los últimos siglos, especialmente a partir de los trabajos de Harvey (1651), Cangiamila (1745), Wolff (1755), Prévost y Dumas (1824) sobre la fecundación, y la comprobación de que la penetración de un espermatozoide en un óvulo marca el comienzo de la vida humana (1879), desacreditaron de modo definitivo las falaces teorías biológicas de Aristóteles. Las mismas derivaban de la precariedad de medios de observación e investigación existente en tiempos del estagirita.

Aristóteles -explica el Padre Domingo Basso- sostenía que “de la misma manera que la masa informe de arcilla se convierte, en manos del escultor, en una figura que se perfecciona poco a poco modelada por sus dedos, de la misma manera sobre la sangre menstrual coagulada y retenida durante el embarazo habría actuado ese impulso creador masculino, para la formación de la nueva criatura”³. Sobre esta fantasiosa base, el Filósofo consideraba que el embrión recibía formas *substanciales* sucesivas, cada vez más perfectas. La “epigénesis” descrita por Aristóteles se exteriorizaba a través de un proceso en el que supuestamente aparecía, en primer lugar, un alma simplemente vegetativa que se corrompía y era reemplazada por una segunda sensitiva que también se corrompía y era substituida por la definitiva: intelectual, racional o espiritual, que abarcaría todas las facultades vegetativas y sensitivas y constituiría la forma substancial de la naturaleza humana⁴.

² Olsen A: Ghirardi: *La persona antes del nacimiento (El derecho a la continuidad de la vida)*, Córdoba 1991, página 10.

³ Domingo M. Basso, *Nacer y morir con dignidad. Estudio de bioética contemporánea*, Consorcio de Médicos Católicos, Buenos Aires, 1989, pág. 63.

⁴ Idem, pág. 62.

Esta teoría de Aristóteles llegaba a extremos absurdos cuando sostenía que el embrión adquiriría la plena condición humana en tiempos distintos según fuera su sexo. Así, para los hombres, esta humanización retardada se produciría a los cuarenta días de desarrollo. En cambio, la mujer pertenecería a la especie humana sólo después de los tres meses de gestación.

La biología contemporánea ha desechado las infundadas especulaciones de Aristóteles sobre el origen de la vida humana. Hoy puede afirmarse, sin margen de duda, que “está acreditado biológicamente que no hay desarrollo cuantitativo y cualitativo a partir del cigoto que permita señalar un momento posterior en el que se acceda a la condición humana”⁵. Además, “la idea de que el hombre sólo puede ser llamado hombre si tiene la figura humana de un adulto, ha sido rechazada por la ciencia moderna. El descubrimiento de que la forma individual está inscrita en el material genético presente en cada una de las células del ser vivo, ha terminado definitivamente con la teoría -nunca demostrada- de Aristóteles, según la cual, durante los primeros días de gestación hay una materia que no es humana aún, pero que está en potencia de recibir la forma humana en el momento en que haga aparición el alma racional del hombre”⁶.

Agreguemos con Andrés Giovanni que “esta presencia de ya todo el hombre en la potencialidad del embrión no es una impresión sentimental, ni un apriori metafísico, ni un postulado religioso, ni una escoria conceptual nacida de una mentalidad prelógica, ni un sueño platónico, ni nada por el

⁵ K.F. Gunning: *El estatuto del no nacido ¿ha sido el hombre no humano alguna vez?*, ASD Prensa, Año VI, Edición 183, 7/10/1990, pág. 2.

⁶ Fernando Monge: *La personalidad del hombre desde su concepción*, ASD PRENSA, AÑO III, n° 44, 15/2/1987.

estilo. Es precisamente todo lo contrario: es un dato real, sin duda no fácil de aprehender, pero que puede ser captado racionalmente en toda su riqueza”⁷.

Aristóteles, que representa el nivel más alto del pensamiento filosófico precristiano, tuvo limitaciones muy grandes en biología. “No tuvo la posibilidad de investigar la verdad de su teoría con los medios actuales. Si viviera hoy, ciertamente habría llegado a otras conclusiones. El descubrimiento más arriba mencionado ha permitido establecer sin ningún género de duda que un individuo humano comienza a vivir con la forma externa de cigoto y, sucesivamente, adquiere la de embrión, feto, bebé, niño, adolescente, joven, adulto; pero en cada una de esas etapas de su vida, el individuo tiene ya la forma del adulto impresa en su material genético. No es que en la concepción esta forma esté potencialmente presente, o que el cigoto esté en potencia de ser humano, como Aristóteles creía. Por el contrario, la forma está actualmente presente en el material genético, y el cigoto es un ser vivo independiente que pertenece verdaderamente a la especie humana”⁸.

Sobre estas definiciones de la biología es posible llegar, en nivel filosófico, a conclusiones muy claras en torno al surgimiento coetáneo de la vida humana y del concepto metafísico y jurídico de persona. Porque “si la ciencia biológica atestigua, con certeza y sin exceder el ámbito de sus competencias, que el embrión es, desde el primer instante de la concepción, un individuo de la especie humana distinto y autónomo, *‘queda plenamente justificado el empleo del concepto antropológico y filosófico de persona en relación al embrión de la especie*

⁷ André Giovanni: *Sante Magazine*, p. 16, cit. por D.M. Basso O.P., op. cit., pág. 84.

⁸ K.F. Gunning, op. cit., pág. 2.

*humana, ya que la filosofía designa con aquél concepto al individuo de naturaleza racional. La naturaleza humana no posee otra modalidad de existencia real que la de ser persona”*⁹.

La ciencia ha venido así en ayuda de la filosofía para corregir las desviaciones de los discípulos de Aristóteles y señalar que en el embrión ya están todos los elementos de la naturaleza racional.

Pensamos, asimismo, con relación a la animación retardada sostenida por Aristóteles, que si hoy viviera y conociera los avances científicos logrados en materia genética, coincidiría con el Padre Domingo Basso en el sentido de que la animación inmediata -es decir, la infusión del alma humana- en el instante de la concepción es un hecho que en el nivel filosófico puede sostenerse con firmeza y seguridad por ser la doctrina que mejor se ajusta a la lógica del proceso creador y a las consecuencias que pueden extraerse de la investigación experimental. Lo mismo podemos decir sobre los errores de Santo Tomás en este tema, inducido por la biología de Aristóteles todavía vigente en el siglo XIII. Ello al margen de puntualizar que, con independencia de la controversia en torno a la animación inmediata o retardada, Santo Tomás nunca convalidó el aborto. Y esto se explica porque para el Doctor Angélico “ninguna muerte de un embrión, tanto si se la provoca antes o después del anidamiento, antes o después de la formación de determinados órganos, puede ser tenida por lícita, pues el embrión humano, cualquiera sea su edad o condición, es ciertamente el comienzo de una nueva vida humana y está destinado, si ya no lo fuese, a ser hombre y no otra cosa”¹⁰.

El óvulo fecundado es, pues, un individuo de la especie humana que debe ser tratado como persona, con todo lo que ello significa jurídicamente en

⁹ Cit por Fernando Monge, op cit., p. 2

¹⁰ D.M.Basso O.P., op. cit., pág. 107.

cuanto al reconocimiento de derechos que le son inherentes y que derivan del orden natural objetivo. La naturaleza racional la tiene en desarrollo, aunque no la ejerza, como tampoco la ejerce el recién nacido, el durmiente, el que ha perdido la razón o el que se encuentra en estado de inconsciencia. El recién concebido *no es un ser humano potencial* (en el sentido de que no es un ser humano todavía) sino *una persona cargada de potencialidades* que deben desarrollarse a lo largo del ciclo vital¹¹.

Agrega Fernando Monge que “en el fondo, las razones científicas sobre la personalidad del embrión no encuentran resistencia seria en el plano de los principios, sino en el plano del comportamiento y de los intereses egoístas. De nuevo nos pegamos de bruces con la tan difundida ética utilitarista, que quisiera, sí, defender los derechos del individuo humano desde la concepción, pero siempre que no impida la mayor utilidad o placer de los miembros de la sociedad: piénsese en “motivos científicos o de investigación”, “motivos terapéuticos”, “razones económicas”, “salud física o psíquica de la madre”, etc. Indudablemente, el reconocimiento efectivo -y no puramente ornamental- de la personalidad y los derechos del embrión, por parte de los Estados y de la legislación civil, *será un banco de prueba de la elección entre los valores éticos o los intereses utilitaristas, como fundamento de la vida social*”¹².

El tema es crucial. Porque si cigoto, embrión y feto son meras denominaciones que recibe el hombre en las etapas iniciales de su vida, estamos siempre frente a una persona humana, a la que no podría negársele la titularidad de sus derechos, entre los que figura el elemental derecho a vivir, a nacer, a no ser objeto de manipulación, experimentación, congelamiento ni destrucción.

¹¹ Fernando Monge, op cit. p. 3

¹² Idem, pág. 3.

II. El valor de la vida inocente

Las consideraciones que anteceden, sobre la naturaleza de la persona antes de nacer, nos parecen pertinentes como introducción a las reflexiones que haremos en torno a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada el 11 de enero de 2001 en la causa T. 421. XXXVI “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.

El fallo que comentaremos ha tenido amplia repercusión porque, en definitiva, lo que está en juego –como lo expresa en su voto el Doctor Antonio Boggiano– es *el valor inconmensurable de la persona por nacer*. Esta es la cuestión que se encuentra en el trasfondo de la resolución del Alto Tribunal. Y la misma no es baladí porque remite al examen de uno de los temas más arduos de nuestro tiempo.

Julián Marías, en reiteradas oportunidades,¹³ ha señalado su enorme preocupación por la contemporánea “cosificación” del hombre, sobre todo en los tramos más vulnerables de su existencia, al amparo de un inquietante y avasallador materialismo que genera un consecuente relativismo moral. Esta corriente, que ha volcado su pérfido influjo en las legislaciones de los cinco continentes, conduce –como ya lo hemos anticipado– a la transformación del hombre de *sujeto* –con todo lo que el vocablo indica– en un mero *objeto*, en una cosa que, según convenga a criterios hedonísticos, se puede guardar o destruir. Ante los atentados que diariamente se cometen contra la vida inocente, Marías ha dicha en forma reiterada que los

¹³ *La más grave amenaza*, en LA NACIÓN, 1/9/94, pág. 9. “La cuestión del aborto”, ABC, Madrid, 10 de abril de 1994, pág. 82. Reportaje de Jaime Antúnez Aldunate en el Suplemento de Artes y Letras de EL MERCURIO: *El valor de pensar*, Santiago de Chile, 21 de agosto de 1994. *Noción de persona. Visión antropológica del aborto*, en Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Tomo XXIII, 1994, Buenos Aires, 1996, pág. 167.

considera más graves que las dos guerras mundiales, más grave aún que los satánicos totalitarismos del siglo veinte, y más grave todavía que los otros dos grandes flagelos de la centuria: el terrorismo y el tráfico de drogas.

EL gran filósofo español no exagera un ápice. Basta pasar una veloz revista a las atrocidades que se cometen impunemente en perjuicio de la vida humana inocente a través de lo que Jerome Lejeune llamaba “pornografía biológica” y Testart “perversiones de la FIVET” para comprobar hasta qué extremos de licencia puede llegar el hombre cuando se emancipa de los límites éticos.

Un capítulo tenebroso dentro de esas prácticas aberrantes está constituido por la pretensión de mezclar gametos humanos y no humanos. El padre Basso señala que “la fascinación de la experimentación por ella misma, la curiosidad científica, la soberbia de los investigadores, y la falta absoluta de una ética que exija el respeto mínimo por la vida humana, pueden conducir a excesos que sobrepasan el límite, no sólo de la moral cristiana, como dice Luigi Gedda, sino también de todo lo que puede tolerar un hombre respetuoso de la libertad”.¹⁴

A ese capítulo de pornografía biológica pertenecen experimentos e intentos, a veces quizá fantasiosos, que configuran aberraciones propias de científicos que se mueven sin sujeción a ningún parámetro ético. La embriogénesis sin espermatozoides, la fecundación de un óvulo por otro óvulo para satisfacer anhelos lesbianos, la autoprocreación femenina ya intentada con ratones, la fecundación del óvulo con células no germinales, el potencial implante de un embrión en el abdomen de un homosexual masculino previo tratamiento hormonal, la gestación de embriones humanos en úteros no humanos, la fertilización con semen humano de óvulos de mona en Estocolmo y de óvulos de hamsters en Japón, la fisión gemelar, la clonación

¹⁴ D.M. Basso O.P., op. cit. pág. 280.

por sustitución del núcleo de un huevo humano fecundado, la fusión de embriones *in vitro*, la ectogénesis o producción de un embrión en un laboratorio y su total gestación extracorpórea, en fin, todos los horrores pseudocientíficos que es capaz de imaginar la mente humana cuando prescinde de los valores deontológicos. Sólo el reconocimiento de límites morales puede poner freno a tanto desvarío.

La generalizada despenalización de la interrupción provocada de la gestación ha determinado que no sólo ciertos laboratorios de fisiología y farmacología experimental estén interesados en adquirir fetos humanos. También algunos fabricantes de cosméticos se comprometieron en ese macabro negocio. En el semanario "Nouvel Observateur" se denunció hace algunos años que de Roma a Budapest, pasando por Londres, Amsterdam y París, miles de embriones que tienen su origen en el aborto "legalizado" se comercializan para elaborar cremas y ungüentos que se venden por un puñado de dólares. Incluso la Gaceta Oficial del Palacio de Justicia llegó a informar que un camión procedente de Europa Central, cargado con fetos humanos congelados y destinados a laboratorios franceses de productos de belleza, fue interceptado en la frontera suiza por unos estupefactos guardas aduaneros. Lo notable es que dichos agentes públicos no encontraron en la reglamentación vigente ninguna cláusula que les autorizara a impedir que el vehículo continuara con su siniestra carga.¹⁵ Aparentemente se tomaron algunas medidas pero el problema subsiste. En 1994 "L'Osservatore Romano" clamó nuevamente contra las discriminaciones que efectúan los hombres que se consideran con derecho a determinar cuáles

¹⁵ Alberto Rodríguez Varela: *La persona antes de nacer*, Intervención en las Jornadas Rioplatenses sobre el comienzo de la Personalidad y el Estado), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1995, pág. 29.

vidas humanas pueden ser impunemente segadas y cuáles restos humanos serán enterrados con honores fúnebres, arrojados a tachos de desperdicios o utilizados en laboratorios y en la industria cosmética.

El menosprecio hacia la dignidad connatural a toda persona concebida se ha acentuado en el curso del último cuarto del siglo veinte. Un ejemplo de esta tendencia lo vemos en los criterios amorales que se observan en materia de experimentación con embriones y fetos a la que ya nos hemos referido. Parecería, empero, que las aberraciones son innumerables. Un ejemplo de ello es el que comprobamos a través del volumen 29 de la revista "Diabetes", órgano oficial de la American Diabetes Association. En ella se publicó un estudio con fotografías referidas a una "investigación" que tuvo por objeto el trasplante de páncreas fetal humano a ratas de laboratorio. Para concretar dichas operaciones los roedores recibieron las células de veinte criaturas en gestación abortadas al amparo del criterio fijado en 1973 por la Corte Suprema Americana en el tristemente célebre caso "Roe vs. Wade" que despenalizó las interrupciones provocadas de la gestación.

Las aberraciones que el ingenio humano, emancipado de toda moral objetiva, puede imaginar y ahora realizar son alucinantes. Los investigadores que solicitaron autorización al Consejo Superior de Sanidad de la Gran Bretaña para trasplantar embriones humanos a hembras de cerdos o conejos ponen en evidencia que, extraviada la genuina visión del hombre, desaparecen virtualmente los límites éticos. Los intentos de obtener fecundaciones mezclando gametos humanos y no humanos, a los que ya nos hemos referido, constituyen otra manifestación de una creciente *anomia moral*. El informe de la Comisión Warnock, elaborado como ya dijimos para asesoramiento del Gobierno Británico, los autoriza expresamente en ciertos casos bajo la

condición de que “el desarrollo de cualquier híbrido resultante sea interrumpido al nivel de dos células”.

La desaprensión hacia los valores deontológicos que se observa en determinados círculos científicos, surge nítida de un informe del Profesor Edwards -padre científico de la primera bebé de probeta-, quien reconoce que algunos laboratorios recogen ciertos óvulos y los fertilizan en una probeta sin intención de transferirlos a ningún útero. Los utilizan -confiesa Edwards- “de manera semejante a los embriones de animales usados en la investigación”¹⁶

Graciela Iglesias, en un comentario publicado en LA NACIÓN, informa que científicos de la Universidad de Edimburgo estarían por iniciar la fertilización de óvulos extraídos a fetos femeninos concebidos con ese objeto.¹⁷ Procurarán así traer al mundo niños cuyas madres jamás nacieron y cuyos restos fueron arrojados a un horno incinerador de basura.

No menos escalofriante es el capítulo referido a la experimentación fetal. Baste recordar que en el Hospital George Washington se practicaron abortos con bebés de siete meses de gestación para experimentar placentas artificiales. Cuando se consideró suficiente la información recibida, se interrumpieron los circuitos y los bebés murieron. Igualmente repugnante es la tarea cumplida por “científicos” que se empeñaron en perfeccionar los sistemas de diagnóstico precoz de enfermedades o malformaciones para “liberarse” de los discapacitados antes de su nacimiento. El último capítulo de estas aberrantes prácticas está referido al trasplante de células fetales para el tratamiento de la enfermedad de Parkinson. Para ello se implantan en

¹⁶ Cit. por Armando S. Andruet, op. cit, pág. 806

¹⁷ Graciela Iglesias: *Los niños que mañana nacerán de la muerte*, LA NACIÓN, 4 de enero de 1994.

el mesencéfalo gran número de células provenientes de 8 a 12 fetos de 8 a 10 semanas de edad por paciente trasplantado. Los fetos abortados por procedimientos comunes no son idóneos para este “tratamiento”. Los que se usan como fuente de células se extraen con precauciones especiales para someterlos a una *vivisección*, con la ayuda de la ecografía y un sistema especial de aspiración¹⁸.

Parece mentira que en el siglo veinte, después de las espantosas experiencias totalitarias en las que se practicó la discriminación homicida en escala cósmica, resulte necesario levantar la voz para defender a los más pequeños, a los más indefensos, a los más necesitados de protección: las personas concebidas y aún no nacidas.

El Profesor Jerome Lejeune, al visitarnos en septiembre de 1993, subrayó la incongruencia en que incurren los gobiernos que, al tiempo que derogan la pena de muerte para peligrosos criminales, la establecen para personas inocentes, que todavía no han nacido, a través de la despenalización del aborto y de la experimentación embrional y fetal. Estos legisladores no han advertido algo elemental que destaca Olsen A. Ghirardi en el sentido de que el derecho a la vida no abarca sólo un *período* sino *toda la vida*, desde la concepción hasta la muerte¹⁹. No tiene, por ende, sentido ni coherencia amparar sólo un *segmento* de la vida y condenar al otro a la experimentación y a la muerte. La vida humana es sagrada *antes* y *después* del alumbramiento. Porque como dice un antiquísimo proverbio oriental: *el niño al nacer tiene casi un año de vida*.

¹⁸ Ver: Ciclo de Conferencias sobre el respeto a la vida naciente. Procreación artificial y experimentación fetal, Caracas, 25 de mayo de 1989, Jerome Lejeune: *Moral Natural y experimentación fetal* y Susana M. Rini: *Experimentación fetal en Estados Unidos de Norteamérica*. Ver también: ASD PRENSA, n° 300.

¹⁹ Olsen A. Ghirardi, *La persona antes de su nacimiento*, op. cit., pág. 40

La tradición hebrea y cristiana, que comparte también el Islam, de riguroso respeto al nasciturus, inspiró a las leyes sancionadas bajo su influjo durante dos mil años. Resulta, por ello, sorprendente que en el final de este contradictorio siglo veinte, cuando se proclama a diario la intangibilidad de los derechos humanos, se haya extendido a lo largo y a lo ancho del planeta la negación más completa del primero y fundamental: el derecho de toda persona inocente a nacer y a vivir. Solzhenitsyn ha dicho, en uno de sus célebres discursos, que una de las mayores sorpresas de esta centuria es la expansión impresionante del materialismo y el relativismo en pueblos de añeja tradición espiritualista. Vivimos bajo el signo de una apostasía planetaria que mueve a prescindir de valores que hasta hace pocas décadas parecían incontrovertibles.

Urge volver a Dios para recuperar la verdadera dimensión del hombre. Porque hemos sido creados a Su imagen y semejanza (Gén. 1, 26). Por haber prescindido de ese origen los pueblos han extraviado el camino, olvidado la dignidad humana, y aceptado aberrantes criterios legislativos.

Juan Pablo II, ratificando anteriores pronunciamientos del magisterio ²⁰, ha confirmado en la Encíclica *Evangelium Vitae* que el hombre en ninguna circunstancia, ni siquiera en su etapa embrional o fetal, puede ser reducido al rango de cosa.

Frente al avance tecnológico, acompañado frecuentemente de una mentalidad inmanentista, hedonista y utilitarista que no marca límites éticos al obrar humano, resulta vital recordar con Juan Pablo

²⁰ Pio XII: Discurso a la Unión Médico Biológica San Lucas, 12/11/1944; Discurso al “Congreso del Frente de la Familia”, 28/11/1951, transcripto en *Pio XII y las Ciencias Médicas* (compilación de C. Lopez Medrano, H. Obiglio, L. D. Pierini y C.A. Ray), pág. 118; Congregación para la Doctrina de la Fe: *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, Introducción, n° 5.

II, la vigencia efectiva del Derecho Natural. Entre sus normas figura una aceptada durante siglos por todos los hombres de buena voluntad, cualesquiera fueran sus convicciones religiosas, y cuya defensa asume el Papa en la *Evangelium Vitae*. Nos referimos, concretamente, a la *que prohíbe matar, de modo directo, a un ser humano inocente*. Este precepto es válido, sin margen para la duda, tanto frente a la persona que aún no ha nacido, como ante la que se encuentra en el último tramo de su vida. Porque el derecho a la vida no abarca sólo un período, sino toda la vida, desde la concepción hasta la muerte.

Por eso el Papa, fundándose en “aquella ley no escrita que cada hombre, a la luz de la razón, encuentra en el propio corazón”,²¹ e invocando “la autoridad conferida por Cristo a Pedro y sus Sucesores, en comunión con los Obispos”, confirma en la *Evangelium Vitae* que “*la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral*”. . Este pronunciamiento solemne y categórico, válido para toda circunstancia, está claramente acotado por la exigencia de que el atentado revista carácter *directo y voluntario* y que se trate de una persona *inocente*. Quedan, entonces, sometidas a otras consideraciones morales y jurídicas, por momentos difíciles y complejas, situaciones en las que también se provoca la muerte, pero de modo *indirecto*, o en perjuicio de personas humanas que no son *inocentes*. Nos referimos, concretamente, en primer término, a casos como el contemplado por Pío XII en su discurso al Frente de la Familia, del 28 de noviembre de 1951²²,

²¹ *Evangelium Vitae*, n° 57.

²² “Hemos usado de propósito siempre la expresión “atentado *directo* a la vida inocente”, “*occisión directa*”. Porque, si, por ejemplo, la salvación de la vida de la futura madre, independientemente de su estado de embarazo, requiriese urgente una intervención quirúrgica u otra aplicación terapéutica que tuviera como consecuencia secundaria, en ningún modo querida ni intentada, pero inevitable, la muerte del feto, tal acto no podría ya llamarse un atentado *directo* contra la vida inocente. En estas condiciones, la operación puede ser lícita, como otras

que se regulan por el principio del *doble efecto* ²³, y en segundo lugar a la legítima defensa ²⁴, a la pena de muerte ²⁵, al rechazo por medio de las armas de los “agresores de la sociedad” ²⁶, y al empleo de la fuerza militar en una “guerra justa” ²⁷.

Todas estas consideraciones tienen sentido moral y jurídico en la medida en que se reconozca que el hombre, todo hombre, desde que comienza en la concepción su existencia temporal, ostenta una dignidad que le eleva por encima de todo el universo material. El carácter sagrado de la vida inocente puede, empero, también ser comprendido por quienes no comparten la visión cristiana, ni tal vez creen en Dios, pero a través de “la luz de la razón” admiten la dignidad connatural al linaje humano. Por eso el Papa dirigió su Encíclica *Evangelium Vitae* “a todas las personas de buena voluntad”, incluso no creyentes, abiertas “sinceramente a la verdad y el bien” y dispuestas a descubrir “el valor sagrado de la vida humana desde su inicio hasta su término”.

Veamos, ahora, el caso planteado ante la Corte Suprema, el rol de los jueces, y la aplicación en

intervenciones médicas semejantes, siempre que se trate de un bien de alto valor como es la vida y no sea posible diferirla hasta el nacimiento del niño ni recurrir a otro remedio eficaz” (Discurso al Congreso del Frente de la Familia”, mencionado en la nota 2, párrafo 5, pág. 119 del libro “Pío XII y las Ciencias Médicas”).

²³ Ver: Domingo M. Basso O.P.: *Nacer y morir con dignidad*, pág. 187, Bs.As., 1989. Jorge Salsman S.J., en *Deontología Jurídica o moral profesional del abogado*, Bilbao, 1953, n° 24, pág. 34,.

²⁴ “La legítima defensa de las personas y las sociedades no es una excepción a la prohibición de la muerte del inocente” (Catecismo de la Iglesia Católica, n° 2263). El Catecismo cita a Santo Tomás, quien invoca expresamente el principio del *doble efecto*: “La acción de defenderse puede entrañar un doble efecto: el uno es la conservación de la propia vida; el otro, la muerte del agresor...” S. Th. 2-2, 64, 7.

²⁵ *Evangelium Vitae*: N° 56.

²⁶ “quienes poseen la autoridad tienen el derecho de rechazar por medio de las armas a los agresores de la sociedad que tienen a su cargo” (Catecismo, n° 2266)

²⁷ Catecismo, n° 2309.

concreto de las normas éticas y jurídicas que sucintamente hemos reseñado.

III. El caso

La señora S.T., embarazada de casi cinco meses, tomó conocimiento a través de una radiografía de que el feto padecía de anencefalia. Concurrió al Hospital “Ramón Sardá” y solicitó se le practicara “un parto inducido o lo que el médico estime como el medio más adecuado para dar fin a este embarazo”. En el pedido administrativo a los profesionales del Hospital, la requirente propuso la alternativa de “anticipar el parto o interrumpir el embarazo”, puntualizando que “cuando a una se le niega la posibilidad de acceder a un *aborto terapéutico* se violan derechos humanos fundamentales”. Por ello, a juicio del Juez Casás, que discrepó con la mayoría del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, la práctica requerida era un *aborto* porque éste “requiere de una mujer grávida, de un feto vivo y de una interrupción prematura del embarazo que produzca la muerte del feto” (fs. 226). A la misma conclusión llega el Presidente de la Corte Suprema, Doctor Nazareno, al sostener en el punto 9) de su voto que la petición de la accionante implicaba, a todo evento, la intención de abortar.

Los médicos del Hospital “Ramón Sardá” se negaron a interrumpir la gestación en desarrollo. El Subdirector de ese nosocomio y médico obstetra, Doctor Ricardo Illia, expresó en la audiencia de fs. 59/60 que “la ortodoxia médica no permite una práctica como la pedida” (fs. 60 vta.) y que “ningún galeno en la República tomaría tal decisión” (fs. 61). Por su parte, el Director interino, Doctor Juan D. Argento, sostuvo a fs. 81 que “dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado”.

Ante la negativa médica, la señora S.T. recurrió a los tribunales de la ciudad con una acción de amparo. Después de resolverse una cuestión de competencia, la jueza de 1ª Instancia rechazó el amparo promovido contra el Hospital por supuesta violación del derecho a la salud. Sostuvo, en su

pronunciamiento, que si el caso encuadraba en el art. 86 inc. 1° C.P. la autorización previa era improcedente. En cualquier otra hipótesis, el pedido era igualmente inadmisibles porque equivalía a requerir un permiso judicial para delinquir.

La Sala I de la Cámara local rechazó, por mayoría de cuatro votos contra uno, la acción de amparo y confirmó la sentencia apelada. Frente a esta decisión, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad. El Superior Tribunal, por los fundamentos que reseña el Doctor Nazareno en el considerando 6° de su voto, revocó el fallo de la Cámara y autorizó a la Dirección del Hospital “Ramón Sardá” “para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea”, “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria” (puntos 2 y 3 del dispositivo).

La sentencia fue apelada por el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires. Sin perjuicio de lo que diremos después sobre el rol de los jueces en casos como el que examinamos, el recurso extraordinario –por estar en juego la interpretación de normas de jerarquía constitucional que amparan la vida inocente- era procedente y así lo reconocieron todos los jueces de la Corte Suprema salvo el Doctor Petracchi que lo declaró inadmisibles por entender que el fallo apelado “se sustenta en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional”. Se refiere fundamentalmente a la normativa que regula el denominado “aborto terapéutico” previsto en el art. 86, segundo párrafo, inc. 1° del Código Penal.

La objeción que plantea el Doctor Petracchi nos mueve a considerar que, no obstante haber sostenido los jueces del Superior Tribunal que no autorizaban un aborto sino un nacimiento anticipado, habría sido conveniente que -a todo evento- el apelante articulara la inconstitucionalidad del art. 86, segundo párrafo, inc. 1° del Código Penal. Porque aún cuando un sector de la doctrina²⁸ cuestiona el criterio jurisprudencial

²⁸ Ricardo Haro: *El control judicial de oficio de constitucionalidad*, El Derecho, 64: 643; Germán J. Bidart Campos: *¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad*, El Derecho, 74, 385; Nestor Pedro Sagües: *Recurso Extraordinario*, tomo I, pág.

según el cual no es viable el control de oficio de la inconstitucionalidad de actos legislativos o administrativos, lo cierto es que ante el enfoque imperante el recurrente pudo impugnar la aplicación al caso de dicha norma penal por resultar lesiva precisamente de las normas de jerarquía constitucional que todos los demás jueces de la Corte invocan para habilitar la instancia extraordinaria.

Aunque no podemos ahondar el tema, no es inoportuno recordar que aún antes de la reforma constitucional de 1994, que acentuó la protección explícita de la vida inocente, Germán J. Bidart Campos impugnó en reiteradas oportunidades la validez constitucional del art. 86 del Código Penal²⁹. Con diversidad de matices y enfoques, de manera explícita o implícita, en forma total o parcial, esa norma ha sido asimismo impugnada –entre otros- por Cesar P. Astigueta,³⁰ Ricardo David Rabinovich,³¹ Vicente E. Andereggen³², Nemesio González³³, Federico A. Torres Lacroze,³⁴ Lucas J. Lennon³⁵ y Gregorio Badeni³⁶.

122; Juan C. Hitters: *Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de la leyes*, El Derecho, 116, 896; y otros autores que cita Elias P. Guastavino en *Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad*, tomo 1, pág. 159.

²⁹ Germán J. Bidart Campos: *El aborto y el derecho a la vida*, El Derecho, 113, 488; *Autorización judicial solicitada para abortar*, El Derecho, 114, 184; *Declaración judicial previa al aborto para el cual se solicita autorización*, EL Derecho, 117, 426; *La inconstitucionalidad de las desincriminaciones del aborto en el art. 86 del Código Penal*, El Derecho, 128, 389.

³⁰ Cesar P. Astigueta: *Algo más sobre el derecho a nacer*, El Derecho, 117, 428.

³¹ Ricardo David Rabinovich: *Acerca de la vida y la muerte en el derecho argentino*, en el volumen "La vida y la muerte", C.U.B.A., 1995, pág. 34

³² Vicente E. Andereggen: *EL llamado aborto eugenésico y las facultades de los jueces*, El Derecho, 132, pág. 458.

³³ Nemesio González: *Constitución Nacional, derecho a la vida y a nacer*, El Derecho, 134, 436.

³⁴ Federico A. Torres Lacroze: *Conducta de los jueces ante el aborto por violación*, en el volumen "La vida ante el derecho", Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1996, págs. 201 y sig.

³⁵ Lucas J. Lennon: *La protección penal de la persona por nacer*, en el volumen *El derecho a nacer*, Abeledo Perrot, Bs.As., pág. 62

También nosotros hemos adherido a la misma interpretación del Código Penal y de la Ley Fundamental, y consideramos que tal exégesis se ha consolidado a partir de la incorporación a su texto de las convenciones internacionales que en el caso que comentamos sirvieron de sustento a la apertura de la instancia de excepción.³⁷ Por su parte, varios magistrados judiciales han declarado la inconstitucionalidad del art. 86 del Código Penal.³⁸ Todo ello nos lleva a sostener que el Asesor General de Incapaces, ante el fallo del Superior Tribunal, debió plantear también en su recurso extraordinario la cuestión federal derivada de la incompatibilidad que existe entre la protección constitucional de la vida inocente y la norma que autoriza el “aborto terapéutico”.

Antes de pasar al examen de la sentencia de la Corte Suprema, estimamos pertinentes formular algunas consideraciones sobre el rol de los jueces frente a requerimientos como el formulado por la señora S.T.

IV. El rol de los jueces

En otra oportunidad,³⁹ al comentar un fallo de la Cámara Civil de Mar del Plata que autorizó una ligadura de trompas,

³⁶ Gregorio Badeni: *El derecho constitucional a la vida*, en “El Derecho a nacer”, op. cit. Págs. 34/35.

³⁷ Alberto Rodríguez Varela: *Aproximación a la persona antes de nacer*, Ediciones de la Univ. Católica Argentina, 1997, Pág.. 192 y siguientes.

³⁸ Ver fallos publicados en *El Derecho*, to. 128, pág. 388, sentencia del Juez de Instrucción Dr. Osvaldo J. Santiago; to. 132, págs. 456 y sigtes, Dictamen del Asesor de Asesor de Menores de Cámara Dr. Alejandro C. Molina, dictamen del Asesor de Menores de 1ª. Instancia Dr. Marcelo G. Jalil, y sentencia del juez en lo civil Dr. Lucas C. Aón, con notas de Vicente E. Andereggen (antes citada) y Alberto J. Gowland: *Derecho a vivir*; tomo 134, pág. 435, fallo 41.816, Juzgado Nacional de 1ª. Instancia en lo Criminal de Instrucción n° 18, sentencia del juez R.. G. Moreno, con nota de Nemesio González antes citada.

³⁹ Alberto Rodríguez Varela: *Ligadura de trompas y objeción de conciencia*, *El Derecho*, 1/12/2000.

señalamos que el ordenamiento vigente no ha previsto ninguna autorización judicial previa para tal intervención quirúrgica. Y dijimos que corresponde a los médicos, con el consentimiento expreso de los pacientes, resolver cada caso *con estricta observancia de los principios de la ética biomédica, y de lo dispuesto en la legislación en vigor en orden a la responsabilidad penal, civil y administrativa de los profesionales de la salud.*

La misma regla debió observarse en el presente caso. Nos encontramos, en cambio, con la paradoja de que los médicos se niegan a practicar la interrupción del embarazo solicitada y los jueces del Superior Tribunal, asumiendo un rol que no tiene base normativa, al revocar la sentencia de la Cámara local autorizan una práctica médica que el Director y el Subdirector del Hospital “Ramón Sardá” se negaron a ejecutar⁴⁰.

El tema de la “autorización previa”, con relación al llamado “aborto terapéutico”, ha sido materia de pronunciamiento en varias sentencias judiciales. Recordemos, en primer término, que la Cámara en lo Criminal y Correccional, Sala Va., en sentencia del 30 de junio de 1978, declaró que los jueces no están habilitados para otorgar tal autorización.⁴¹ La primera razón elemental de exégesis dogmática es fácilmente comprensible. Porque aún suponiendo la posibilidad constitucional de aplicar la excusa absolutoria⁴² prevista para diversas hipótesis en el art. 86 del Código Penal, surge del texto expreso de la norma que la impunidad se refiere al “aborto practicado”, es decir, a un hecho que ya ha ocurrido y que al ser sometido a los jueces no puede ser materia de sanción penal.

Germán J. Bidart Campos ha sintetizado el tema con claridad meridiana al formular el siguiente dilema: *o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque*

⁴⁰ El Derecho, 81, 221.

⁴¹ El Derecho, 81, pág. 221.

⁴² Luis C. Cabral considera que es una excusa absolutoria y no una causal de justificación. Ver: *Compendio de Derecho Penal y otros temas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 125.

*la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir*⁴³.

En otra oportunidad el mismo autor agregó que “un pronunciamiento judicial que se anticipe a declarar si tal o cual conducta cae o no en la tipificación penal del código, y que, en consecuencia, declare que la conducta está prohibida e incriminada, o que queda en zona de permisión (penal y/o extrapenal), no parece ser propio de la jurisdicción judicial... De allí que volvamos a repetir que no juzgamos correcto aspirar a que un juez nos diga *antes* del hecho si –de cometerse- será punible o no”⁴⁴. Ello, por supuesto, no excluye que –como en el caso que comentamos- ante un pronunciamiento favorable a la autorización requerida el expediente pueda y deba llegar a la Corte Suprema, a través de la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, por configurar la sentencia apelada una lesión directa e inmediata a la vida humana inocente protegida por normas de jerarquía constitucional.

Porque ¿qué sentido y alcance tendría tal decisión judicial permisiva previa? ¿acaso otorgaría un bill de indemnidad frente al juez que *después* deba determinar si medió o no delito? Como lo explica muy bien en su voto el Doctor Nazareno (considerando 10), *no es misión de los jueces evacuar consultas ni asumir el rol que incumbe a los médicos*. ¿Por ventura alguien podría presentarse en un tribunal y preguntar a un juez si podrá defenderse de su vecino y, eventualmente, quitarle la vida, ejerciendo su derecho a la legítima defensa, en caso de una u otra agresión ilegítima? ¿Podríamos interrogar a un juez antes de cometer un hurto o una defraudación si nuestra futura acción se encuentra amparada por la excusa absolutoria del art. 185 del Código Penal? Nadie duda que estos planteos serían desestimados de plano. Lo mismo debió ocurrir en el presente caso, resultando suficiente el rechazo que de la acción

⁴³ Germán J. Bidart Campos: *Autorización judicial solicitada para abortar*, El Derecho, pág. 184.

⁴⁴ Germán J. Bidart Campos: *Declaración judicial previa al aborto para el cual se solicita autorización*, El Derecho, 117, pág. 427.

de amparo hizo la Cámara local.

Los jueces, en general, no han acogido favorablemente los pedidos de autorización para abortar.⁴⁵ Incluso en un caso idéntico al ahora resuelto por la Corte Suprema se denegó un pedido de autorización para anticipar un parto con el fin de evitar un “perjuicio psíquico” a la madre, conocedora de que la criatura alojada en su seno se encontraba afectada de anencefalia⁴⁶.

No obstante, en el caso que comentamos, ante la autorización conferida por el Superior Tribunal de Buenos Aires, el recurso extraordinario resultó manifiestamente procedente, y ahora sí los jueces de la Corte Suprema quedaron habilitados para resolver una cuestión que afectaba de modo directo e inmediato el derecho a la vida de un inocente, amparado en nuestro ordenamiento jurídico por normas de nivel constitucional.

V. La sentencia de la Corte Suprema

Consideramos que el voto del Doctor Nazareno –que tiene su complemento en el del Doctor Boggiano- es el que ampara de modo más completo la vida inocente. Con claridad conceptual sintetiza el caso en tres interrogantes que plantea en el considerando 7°:

1°) ¿es el organismo viviente que anida en el vientre de la actora, a pesar de la patología que padece, una persona por nacer?; 2°) en caso afirmativo ¿tiene derecho a la vida?; y 3°) si en efecto lo tiene, ¿debe prevalecer sobre el que ha invocado la madre para fundar su amparo?

En la respuesta al primero el Doctor Nazareno deja perfectamente en claro –ante algunas manifestaciones ambiguas de la sentencia en recurso- que el niño concebido en el claustro de la accionante: a) es una persona humana (art. 70 C.C.) ; b)

⁴⁵ Ver, además del fallo que citamos en la nota 21: El Derecho: 114, 183; 117, 421; 128, 388; 132, 456; 134, 435.

⁴⁶ Sentencia del Juzgado en lo Civil y Comercial de San Martín n° 2, 31/10/86, El Derecho, 137, 106.

con una anomalía patológica que contrajo *después* de comenzar su existencia; c) que el ADN identifica a una persona como perteneciente al género humano y es el signo inequívoco de humanidad en los términos del art. 51 C.C.; y d) que ninguna patología ulterior a la concepción transforma a la persona en un producto subhumano. El Doctor Nazareno, citando a Alfredo Orgaz, rechaza con énfasis la cosmovisión materialista, en la que el hombre es sólo un integrante más de la escala zoológica, y refuta la referencia a “moralistas católicos de renombre” cuya opinión se invoca en el fallo apelado recurriendo a la antropología filosófica volcada por Santo Tomás en la Suma contra los gentiles.

El segundo interrogante que plantea el Presidente de la Corte Suprema se refiere –como ya lo hemos dicho- al derecho a la vida de la persona por nacer que padece anencefalia. Y su respuesta es categórica porque, como lo explica extensamente en su voto, cualquier magistrado que niegue tal derecho a personas que padecen patologías físicas “incurriría en una discriminación arbitraria” y vulneraría de modo manifiesto preceptos muy concretos de la Convención sobre los Derechos del Niño, los pactos de San José de Costa Rica y de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 16 de la Constitución Nacional.

El tercer interrogante, de cuya respuesta dependía la decisión que adoptara el tribunal, se sintetiza –como ya lo hemos anticipado- en estos términos: ¿el derecho a la vida de la persona por nacer que padece anencefalia debe prevalecer sobre el que ha invocado la madre para fundar el amparo”. Y aquí, como puede verse en el texto del voto del Doctor Nazareno, la respuesta es terminante en defensa de la vida inocente, rechazando la posibilidad de que se anticipe el nacimiento, en el caso concreto sometido a juzgamiento, porque tal decisión –al abreviar por vía de consecuencia su existencia temporal- configurarían una clara lesión del derecho a la vida, “primer derecho de la persona humana (Fallos: 310: 112, considerando 4º)”.

Al describir la colisión entre el derecho a la vida del nasciturus y la salud psicológica de la madre, reconoce que se ha configurado una “situación dramática” que a “la actora tiene que producirle sufrimiento y frustración, inclusive a su grupo

familiar”. Pero el propósito de abreviar tal sufrimiento no es razón suficiente para que los jueces autoricen un alumbramiento anticipado que llevará inexorablemente a “la interrupción de una vida”.

No menos categórico es el Doctor Boggiano en su voto disidente. En efecto, en forma enfática afirma que interrumpir el embarazo no supone darle vida al nasciturus sino anticipar el momento de su muerte, debido a que la enfermedad que padece provocará su deceso inmediato. Además, considera que la sentencia recurrida “desconoce el valor inconmensurable de la persona por nacer, porque supone que su existencia tiene un valor inferior a la de otra que tuviese mayores expectativas, e inferior aún a la del sufrimiento de la madre o de su núcleo familiar”.

Aclaremos que el sentido de los votos de los Doctores Nazareno y Boggiano está referido exclusivamente –como no podía ser de otra forma- al caso sometido a juzgamiento. No se trata de negar la oportunidad y legitimidad de un alumbramiento anticipado en otras circunstancias. El Padre Domingo Basso O.P., al comentar la sentencia de la Corte Suprema, ha señalado que “desde el punto de vista médico (científico-técnico), cuando existen motivos terapéuticos seriamente demostrados, el parto prematuro de un feto viable no tiene objeciones éticas”.⁴⁷ En igual sentido, Carlos Abel Ray, en un excelente trabajo publicado con motivo de la sentencia que comentamos,⁴⁸ precisó que “el parto inducido puede estar médicamente indicado por una enfermedad del feto o por una seria enfermedad de la madre. En ambos casos deben estudiarse muy delicadamente los riesgos y beneficios que la inducción prematura del parto acarreará en ambos miembros del binomio madre e hijo. Hay muy razonables causas fetales para inducir un parto prematuramente, como por ejemplo en los casos graves de eritroblastosis fetal o enfermedad hemolítica del recién nacido. Hay también justificables causas maternas para inducir un parto prematuro, como una avanzada

⁴⁷ Domingo Basso O.P.: *Un caso que no debió ir a la Corte*, LA NACIÓN, 12 de enero de 2001.

⁴⁸ Carlos Abel Ray: *Comentarios sobre el embarazo y nacimiento de niños con anencefalía*, EL DERECHO, to. 19, pág. 438.

tuberculosis pulmonar cavitaria o en una severa insuficiencia renal o cardíaca. También puede haber enfermedad psiquiátrica grave en la madre, como cuando sufre una psicosis depresiva con amenazas e intentos de suicidio. En todos estos casos, después de evaluar la posibilidad de continuar con el embarazo, y decidido que hay que adelantar el parto, deben tomarse las máximas precauciones necesarias y posibles para que el parto inducido sea bien asistido y controlado y que –luego del mismo– haya adecuadas terapias intensivas materna y neonatal”

Agrega el Doctor Ray que “lo que es válido para los embarazos con fetos normales o con alguna afección tratable, es también válido para los embarazos con niños con anencefalia. En estos casos de severas afecciones maternas, si se induce el parto, sólo se tolera el adelanto de la muerte del niño y lo que se busca es el beneficio de la vida de la madre. En estos casos, al niño se lo debe atender, calentar y alimentar adecuadamente hasta que naturalmente se produzca su fallecimiento. No se busca la muerte del niño, sólo se tolera como mal no buscado”

En el caso concreto que comentamos ¿existieron tales motivos terapéuticos *seriamente demostrados*? De los votos de los Doctores Nazareno y Boggiano surge una respuesta negativa. Coincidimos con ellos y con el editorialista de LA NACIÓN en el sentido de que “hubiera sido razonable dejar que la naturaleza siguiese su curso, aceptando tanto el nacimiento cuanto la muerte como los fenómenos naturales que son y que conllevan gloria y gozo o dolor y pena. *Esta es la naturaleza de la condición humana y alterarla provoca, por lo general, más males que bienes*”⁴⁹ Por lo demás, ya hemos dicho que no tiene sentido que los jueces autoricen prácticas médicas que los profesionales del arte de curar se negaron a realizar. El amparo había sido bien denegado en las instancias ordinarias y tal rechazo no debió ser revocado por el Superior Tribunal en fallo que finalmente convalidó la mayoría de la Corte Suprema.

No queremos cerrar este comentario sin señalar algunas expresiones del voto mayoritario que atemperan nuestro juicio adverso y que son rescatables porque contribuyen a que no se

⁴⁹ Editorial *El derecho a la vida*, LA NACIÓN, 15 de enero de 2001, pág. 14.

pueda recurrir a este precedente jurisprudencial para intentar justificar uno u otro atentado directo contra la vida inocente. Nos referimos, en primer lugar, al empeño de los jueces en destacar que “en las actuales circunstancias la petición de amparo *no implica la autorización para efectuar un aborto* y que la sentencia en recurso no contempla siquiera esa posibilidad”. Los jueces agregan que “no se persigue una acción que tenga por objeto la muerte del feto”, destacando que “el pronunciamiento apelado ordena preservar especialmente su vida, en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla”. A los jueces del Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires les inquietó que los médicos manifestaran que el niño, después de nacido, “no recibirá auxilio alguno postnatal”. Es que la omisión de auxilios *ordinarios* y *proporcionados*, además de ser moralmente censurable, podría generar responsabilidad penal para sus autores y partícipes. Por eso los jueces del Superior Tribunal, en el punto tercero de su sentencia, precisaron que la práctica médica autorizada debía cumplirse “con el mayor respeto” hacia la vida del niño.

A los Jueces de la Corte que adhirieron al criterio mayoritario les preocupó destacar que su resolución no afecta la protección de la vida desde la concepción, tal como lo declaran el art. 2º de la ley 23.849, la Convención sobre Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Reconocieron, además, que el niño se diferencia de la madre desde el comienzo de su gestación “y no a partir de su nacimiento”.

Subrayaron, asimismo, en el considerando 13, “que no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico”, y reconocieron la condición de persona del niño con anencefalia. Queda así desestimado, por los propios jueces, todo intento de justificar en el futuro cualquier acción directa que tenga por objeto la muerte de un ser humano inocente en uno u otro tramo de su existencia.

Acordes con esa posición insistieron en la parte final del voto en proclamar que “esta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción” y pusieron distancia con algunos argumentos controvertibles del fallo apelado aclarando que la sentencia se funda exclusivamente en las

razones por ellos reseñadas, “sin compartir las que se desarrollan en la sentencia en recurso”.

Es evidente que los jueces del Alto Tribunal procuraron acotar su pronunciamiento a fin de que no se lo cite como precedente en ningún caso futuro de aborto o eutanasia, o en situaciones en las que se invoque la regla de los dos efectos cuando no se encuentren reunidos los recaudos a que aluden las notas 4 y 5 de este comentario.

VI. *La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*

Los riesgos, sin embargo, de una utilización indebida de este precedente jurisprudencial son manifiestos, tal como lo expresó el Arzobispado de Buenos Aires en un comunicado en el que ratificó el carácter sagrado de la vida inocente, desde la concepción hasta la muerte natural.⁵⁰ Sin embargo, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, en una sabia sentencia del 22 de junio de 2001, evitó cualquier nociva generalización de la doctrina del caso “Tanus” al resolver la causa Ac.82.058 “B.A. Autorización Judicial”. En efecto, al expedirse, el alto tribunal provincial revocó la sentencia recurrida y denegó la autorización para que se indujera el nacimiento de un niño con anencefalia.

En un voto muy sólido, en el que examinó exhaustivamente el caso, el Doctor Eduardo Julio Pettigiani planteó el siguiente interrogante:

“Condenándolo a muerte y ejecutándolo por una suerte de delito que creamos: el de padecer de anencefalia ¿Con qué autoridad podemos después negar la procedencia de la pena de muerte para los autores de delitos aberrantes, si la estamos imponiendo para seres inocentes que ningún mal han hecho a la sociedad salvo el de haber sido generados con anomalías por aquellos que ahora piden su exterminio?”.

Agrega más adelante el Juez Pettigiani que “o le reconocemos al ser humano categoría de tal en cualquier circunstancia que sea, o por el contrario lo consideramos *cosa*

⁵⁰ Ver: LA NACIÓN, 13 de enero de 2001, página 12.

en oportunidades, con lo que nos acercamos a la más abyecta forma de discriminación y de racismo. ¿En qué se diferencia esta cosmovisión de aquella que sustentaba que había razas superiores e inferiores?. El ser humano enfermo, el supuestamente ‘inviabile’, el que tiene una enfermedad incurable, o dicho en términos que hemos visto repetidos en la sentencia traída a conocimiento de esta Corte, el que se encuentra transitando ‘un proceso de muerte’ podría ser eliminado sin más trámite que el de constatar la aflicción que provoca a sus congéneres (obviamente los ‘sanos’) el tener que soportarlo. Entonces nos encontramos con dos clases de hombres: ‘los sanos y los enfermos’ –la raza buena y la antirraza en el Mithus (“Der Mithus des XX Jahrhunderts”, de A. Rosenberg, 21/22 edición Hoheneichen, Munchen, citado por el Pbro. Dr. Enrique Rau, en “El Racismo Nacional Socialista y el Cristianismo”, Ed. Gladium, Buenos Aires, 1939, pág. 21)-, de las cuales únicamente la primera merecería preservarse, de tal manera que en palabras de Adolfo Hitler ‘sólo hay un derecho sagrado y este derecho es al mismo tiempo el más sagrado de los deberes: cuidar de que la sangre se conserve pura’, para así asegurar que sean solamente los ‘sanos’ quienes conformen la población humana”.

El juez Pettigiani sostiene que media una estrecha vinculación entre eugenesia y racismo, nexo que genera enorme preocupación ante “la irrupción de prácticas masivas de fecundación asistida”. Porque, en definitiva ¿que diferencia hay entre el Plan T.4 de Adolfo Hitler, destinado a discriminar y eliminar minusválidos y recién nacidos defectuosos, con la “selección” de embriones que se realiza hoy en numerosos laboratorios, en los que se reserva para la experimentación y la muerte a los más débiles y menos dotados?.

Acorde con lo expuesto, advierte en su voto el Doctor Pettigiani que “la más leve categorización que hagamos entre seres humanos en cualquier estadio de su existencia distinguiéndolos por el grado de fortaleza o de salud que ostenten a los fines de decidir sobre su eventual viabilidad nos arrastrará inevitablemente hacia una progresiva deshumanización, llevándonos finalmente a consentir las aberraciones más inimaginables, de las cuales el nazismo no ha

sido sino una muestra que por cierto puede repetirse bajo otras formas”.

Otro voto destacable es el del Doctor Eduardo Nestor De Lazzari, en el que efectúa una extensa transcripción del antes citado trabajo de Lucas J. Lennon⁵¹ en el que se recuerda que “la esencia de la condición humana es la existencia misma en ese carácter, y constituye una mera circunstancia el modo autónomo (o autosuficiente) o dependiente (subordinado) en que esa existencia se desarrolla. ¿Es autónomo el bebé prematuro? ¿Lo son, por ventura, cada uno de los integrantes de la pareja de siameses? ¿Lo es el adulto descerebrado que con la ayuda de complicados aparatos y complejo instrumental mantiene su vida vegetativa en una sala de terapia intensiva?. Sin embargo nadie osaría negar a esos seres humanos dependientes la plena titularidad del derecho a la vida. No obstante se esgrime ese frágil argumento para negárselo a seres humanos por nacer, vaciando así de contenido el principio cardinal de toda organización jurídica que consiste en dispensar un trato igual a los iguales, sin discriminaciones sustentadas en categorías artificiosas”.

“La vida –apunta seguidamente el Juez De Lazzari-, cualquiera sea el modo en que esté exteriorizada, merece respeto. No puede concebirse al desdichado feto como mera suma de cartílagos y arterias, pequeños músculos y órganos malformados, de cuya futura inviabilidad se derive la posibilidad de cancelar el tiempo que le resta, aunque sea exiguo. Con todos los defectos que su desarrollo demuestra *sigue siendo persona humana*. Y la vida, por más dificultades que presente y por más limitada que se exhiba, siempre es preferible a la no vida”. Citando luego a Victor Pérez Vargas, el Doctor De Lazzari subraya que las personas por nacer y las personas físicas conforman dos etapas de la existencia de las que llamamos personas naturales. El derecho a la vida no se encuentra tarifado de acuerdo con la edad del que se protege”.

Más adelante, el Juez De Lazzari recuerda que la

⁵¹ Lucas J. Lennon: *La protección penal de la persona por nacer* en el volumen *El derecho a nacer*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993, págs. 58/59.

Constitución de la Provincia declara en su artículo 12 que “*todas las personas gozan del derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural*”. Afirma, en consecuencia, que “la vigencia en nuestro ámbito (la Provincia de Buenos Aires) de tal precepto permite apartarse del criterio mayoritario establecido por la Corte Suprema de la Nación en la causa “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, (ent. Del 11/1/2001) dado que en el ámbito federal no existe normativa de igual naturaleza y por ende el alto Tribunal ha tomado su decisión en un marco jurídico diverso”.

Ante la pretensión de subordinar la vida inocente a otros derechos, el Doctor De Lazzari, citando a Gregorio Badeni,⁵² afirma enfáticamente que el derecho a la vida de un ser inocente debe prevalecer sobre otros valores y bienes jurídicos, porque “una limitación parcial y temporal del derecho al bienestar se impone frente a la alternativa de una limitación absoluta y definitiva del derecho a la vida” Por eso –remarca- no es posible asignar prioridad al interés general familiar por sobre la vida del menor.

Breve, pero elocuente, es el voto del Doctor Hector Negri. Comienza señalando la “inmensa desproporción entre los valores en juego”. Porque, en efecto, en el juicio confrontan “el dolor de los padres” y el “interrogante tremendo de la vida”. “Este niño –observa el juez Negri- que aún no tiene nombre, es único, irreplicable, inviolable, no fungible, no canjeable, irremplazable. De él, de su misterio, apenas si sabemos que padece una complicada patología que lleva a los especialistas a cuantificar en términos mínimos las probables proyecciones de su existencia extrauterina. En esas condiciones, entiendo que lo mejor es no privarlo de su derecho a permanecer en el vientre de su madre hasta cumplidos (por decirlo con una frase del Evangelio) “los días del alumbramiento” (Lc. 2.6). Tales, en síntesis, los fundamentos de una sentencia ejemplar que confiamos señale un rumbo jurisprudencial en la República Argentina.

⁵² Gregorio Badeni: *El derecho constitucional a la vida* en el libro “El derecho a nacer”, cit., pág. 33/34)