

¿LA CORTE PERMITIÓ EL ABORTO EN CASO DE ANENCEFALIA?

Análisis del caso "Tanus, Silvia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo " (CSJN II de enero de 2001).

Dra. Silvia Marrama

Sumario: I) Introducción II) Análisis del caso II. I) Hechos II. I. I) Narración de los hechos en la sentencia de Corte II. 1..2) La importancia de conocer "los aspectos no jurídicos del asunto": la anencefalia II. I.3) La importancia del transcurso del tiempo en un caso II. I.3. I) El transcurso del tiempo desde la óptica del abogado: las opciones a considerar II.1.3.2) El transcurso del tiempo desde la óptica del Tribunal II.1.4) Un voto que no "ve" adecuadamente los hechos II.1.5) Un consejo de Carrió puesto en práctica II.1.6) Lo que el fallo resuelve I.2) Valoraciones II.2. 1) Aspectos emotivos II.2.2) Aspectos axiológicos II.2.3) Lo que el fallo no dice II.3) Normas III) Conclusión

I) Introducción:

Se ha difundido recientemente el proyecto de ley abortista de la senadora nacional Vilma Ibarra, en el que expresamente se incluye como causa justificada de aborto la detección de anencefalia en el niño que va a nacer, abriendo la puerta de este modo para la completa legalización del aborto en todos los casos. El proyecto responde a una mentalidad eugenésica -que nazcan sólo los aptos- consagrando una de las peores formas de discriminación: la exclusión de un ser humano por su enfermedad. Por esto es ética y jurídicamente inviable.

Para justificar los abortos en estos supuestos de anencefalia se cita, a mi criterio erróneamente, el caso "Tanus" , que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación supuestamente en un sentido favorable a la práctica abortista.

¹"Tanus, Silvia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo ", (CSJN, I I de enero de 2001).

En estas líneas intentaré demostrar que en ese fallo la Corte no autorizó un aborto y que por lo tanto no sirve como precedente para fundamentar su legalización.

Los pasos que seguiré en esta reflexión serán los siguientes: 1) hechos, 2) valoraciones, 3) normas"^{2 3}.

II) Análisis del caso

II.I) Hechos

Lo más interesante de esta sentencia de la Suprema Corte es cómo se perciben y argumentan los HECHOS.

Si bien la realidad tiene matices infinitos que no pueden ser abarcados en su totalidad por el hombre, considero que en este caso la descripción de los hechos es adecuada y suficientemente completa y permite que, partiendo de los hechos, se arribe a la solución más justa del caso. Y esto porque entendemos al derecho principalmente como ipso res iusta, siendo la ley cierta razón del derecho, su analogado secundario o causa formal extrínseca de lo justo.

II.I.I) Narración de los hechos en la sentencia de Corte

La señora Silvia Tanus, casada con el señor Luis Alonso y madre de una hija de doce años, quedó embarazada, mas casi al quinto mes de gestación tuvo conocimiento -mediante una ecografía obstétrica que se le practicó el 17 de octubre del 2000 - de que el feto - con edad gestacional de 19 semanas- no presentaba desarrollo de la masa encefálica ni calota craneana, lo que constituía un diagnóstico de anencefalia por lo que no era viable la vida extrauterina una vez producido el parto.

Frente al cuadro de situación descrito, la madre concurrió al Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" y solicitó al Director que le realizaran "un parto inducido o lo que el médico estime como el medio más adecuado para dar fin a este embarazo que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer a la vez, el anuncio mismo de la muerte" (cfr. nota del 2 de noviembre de 2000 de la actora y de su cónyuge, que obra en el expediente).

² Gordillo, Agustín: "Cómo leer una sentencia", Revista Actualidad en el Derecho Público, Ad Hoc, 234-91, Buenos Aires, 1998.

³ Gordillo, Agustín: "El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas", Revista Actualidad en el Derecho Público, Ad Hoc, set-dic. 2000, pág. 48.

Las autoridades de dicho nosocomio se negaron a practicarle a la peticionante la

intervención quirúrgica solicitada lo que motivó que aquélla promoviera una acción de amparo el 14 de noviembre de 2000 ante la justicia ante lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra la institución hospitalaria citada a fin de obtener la autorización judicial correspondiente para "anticipar el parto o interrumpir el embarazo, en virtud del riesgo que amenaza mi salud física y psíquica, y ante la existencia de gravísimas malformaciones en el feto que descartan su nacimiento con vida"

El Comité de Bioética del mencionado hospital informó el 27 de noviembre de 2000 que el feto comprometido en la anencefalia tiene viabilidad nula en la vida extrauterina. Ese parecer fue reafirmado en la audiencia celebrada en la misma fecha ante la cámara por el subdirector del Hospital, Doctor Horacio Illia: "la viabilidad nula que menciona el informe de la comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas. No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida entre inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses. El feto se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encéfalo, remendando una situación usual. Ocurre que al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas circunstancias recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de vida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría. El proceder solicitado por la actora constituiría una evacuación precoz, que podría llevarse a cabo ante una indicación al respecto. En este embarazo tiene que quedar absolutamente claro, que si nace hoy, o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. **Señala que la interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de 26 semanas. Actualmente se trataría de un parto inmaduro y, a partir de la semana 28 sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado**".

El magistrado en primera instancia consideró que no se había demostrado que la falta de interrupción del embarazo pudiera poner en grave riesgo a la salud de la madre por lo que desestimó la acción de amparo. Esa decisión fue confirmada por la alzada.

La demandante dedujo recurso de inconstitucionalidad que fue concedido por la cámara y admitido por el Tribunal Superior de Justicia, que hizo lugar a la acción de amparo y autorizó a la dirección del hospital citada para que procediera a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la actora.

El Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dedujo recurso extraordinario contra dicho pronunciamiento.

La **importancia de los hechos y de su acreditación para la solución del caso** es especialmente puesta de relieve por el Juez de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dr. Bossert, en el considerando 13°. Este breve párrafo permite deducir cuál será el resuelvo:

"El recurrente no ha tachado de arbitrariedad las consideraciones formuladas por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De modo que **han quedado firme los juicios de hecho** allí formulados **en torno a las características del feto anencefálico, su absoluta carencia de viabilidad** ya que morirá a las pocas horas de nacer sea que el parto se produzca ahora o a los nueve meses de gestación, **y a los peligros para la salud psíquica y física de la madre por la continuación de embarazo**. Resulta, entonces, indiscutible en esta instancia que el feto tiene viabilidad nula en la vida extrauterina, **que la inducción del parto en este caso representaría un nacimiento prematuro** (no ya como inmaduro, ver explicación del doctor Illia en la audiencia dictada), que existe un peligro o daño para la salud de la demandante por la continuación de un embarazo de esas características, caracterizado como "daño psíquico" y que el objetivo del anticipo del parto es evitar un mal mayor en la salud de la madre gestante" (cons. 13).

II.1.2) La importancia de conocer "los aspectos no jurídicos del asunto"4: la anencefalia

La anencefalia ⁵es una alteración congénita de la que resulta la ausencia de hemisferios cerebrales y estructura ósea del cráneo. Se produce en la instancia de cierre de la porción superior del tubo neural motivando la ausencia o destrucción del cerebro que es sustituido por una masa rudimentaria de tejido. El proceso patológico se inicia tempranamente entre los días 17 y 23 del desarrollo fetal".

En un informe⁶ realizado por el Coordinador del "Programa temático interdisciplinario en bioética" de la Universidad Nacional de Mar del

⁴ Gordillo, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, Parte General, capítulo 1-34, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, 5ª edición.

⁵ Revista "Obstetricia y Ginecología Latinoamericanas", N° 4, año 1988, vol. 56, pág. 232, primera columna.

⁶ Información obtenida en la página de Internet: <http://www.bioetica.org/dictamen7.htm>
Plata, Dr. Justo Zanier, a pedido del Juez en lo criminal y correccional N°3 de Mar

del Plata, Dr. Pedro F. Hooft, en el marco de un caso similar al que se analiza en el presente –del 05.09.97, A. K. s/Amparo- se explica que: “La Anencefalia, consiste en un defecto de cierre del tubo neural en las primeras semanas de embarazo. Si la falla del cierre ocurre en la parte superior del tubo neural, se producirá una ANENCEFALIA, es decir, falta de huesos en el cráneo, exponiendo de esta manera en forma total o parcial al cerebro, sólo protegido por las meninges al medio externo, resultando esta situación en todos los casos (en el estado científico actual) incompatible con la vida.

Los defectos de cierre del tubo neural, ocurren en la población general con una frecuencia de **1/pmil nacimientos**. Su etiología es poligénica, es decir, los padres (ambos) aportan genes predisponentes a que este defecto pueda ocurrir, pero es necesario la ocurrencia de factores externos al feto, que no se conocen (en este caso intrauterinos), para que, conjuntamente con los factores génicos antes mencionados, el defecto de cierre suceda.

La literatura médica muestra que **el 57% de los anencéfalos fallecen en las primeras 24 horas de haber nacido**, que sólo el 15% sobrevive tres días y que son excepcionales los casos que alcanzan una semana de vida sin medidas de sostén. Harrison, M.R.: "The anencephalic fetus as donor". Lancet 1986, 2, 1383-85. Landwirth: Pediatrics 1988.82:257-59, y el Transplant Policy Center del estado de Mischingan: Hasting Center Rep. 1988.18. (octubre/noviembre): 28-30 proponen que **la condición "cerebro ausente" del anencéfalo ha de formar una categoría propia con la misma significación ética y legal que la muerte cerebral...**

Desde el punto de vista biológico, todas sus células poseen información genética perteneciente a la especie humana, y hasta el momento en que se produce el error en su desarrollo, este feto no se diferencia en nada de otros fetos normales. De aquí concluimos que sin lugar a dudas se trata de una persona humana (adhiriéndonos a la concepción de que se es persona desde el momento mismo de la concepción). Lo contrario sería admitir la posibilidad de que acontecimientos externos que afectan a la embriogénesis son capaces de anular la condición de persona, o bien, que esta condición se adquiere una vez que se llega a un determinado punto de la embriogénesis.

Como conclusión de estas consideraciones, mi opinión es que el feto anencéfalo configura un **caso especial, equiparable al que se plantea con los donantes de órganos, a los que se ha constatado una**

muerte cerebral. En el caso que nos ocupa, no hay tal muerte cerebral, pero, está claro que no hay ninguna posibilidad de alcanzar una vida viable una vez nacido".

En una opinión bioética elaborada el 14 de abril de 2000 por una comisión ad hoc del Comité de bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, solicitada por el Poder Judicial de Mendoza en el marco de otro caso que presenta similitudes fácticas con el que se comenta, se explica que: **"Una mujer portadora de un feto anencefálico está expuesta a que los riesgos del embarazo y proceso de parto se incrementen** debido a:

- Probabilidad importante de dificultad respiratoria mayor frecuencia de malpresentaciones, rotura uterina.
- Los fetos suelen ser grandes y la ausencia de cuello, sumado al pequeño tamaño de la cabeza, hacen que el tronco tienda a penetrar en el canal del parto junto con la cabeza provocando grave distocia". (De Consideraciones éticas acerca de un embarazo anencefálico. Comité de ética. Hospital Privado de Comunidad. Mar del Plata 1997, trabajo presentado en las III Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética Huerta Grande 1997).

A medida que continúa el embarazo las posibilidades de inducción de un trabajo de parto disminuyen, al tiempo que aumenta el riesgo de ruptura uterina.

"El carácter inviable del feto incompatible con la vida, en nada disminuye la consideración que el mismo merece, y de la que dimana el deber de actuar del equipo terapéutico responsable en la anticipación inducida del parto, no sólo conforme a las reglas de *lex artis* como puntualiza el magistrado 'en todo momento y dentro de los límites posibles desde el punto de vista técnico médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria destinada naturalmente a muerte por defectos congénitos' (Tinant, Eduardo Luis: 'Aborto Terapéutico, principio pro minoris', J.A.Buenos Aires, octubre 28 ,1998, Supl. Esp. Bioética. Comentario al fallo del Dr. Pedro F.Hooft, Juzgado criminal y correccional de Mar del Plata, N° 3, 5-9-97, A.K. s/Amparo).

Si bien consideramos que el feto anencefálico es una persona, esta situación configura un **caso especial equiparable al que se presenta con los donantes de órganos, a los que se ha constatado una muerte cerebral.** En el caso que nos ocupa, no hay tal muerte cerebral pero está claro que no hay ninguna posibilidad de alcanzar una vida viable una vez nacido".

II. I .3) La importancia del transcurso del tiempo en un caso

Los hechos y circunstancias de un caso pueden modificarse con el pasar del tiempo. Este caso es un ejemplo claro del carácter dinámico que tiene todo problema jurídico, y permite ver cómo el devenir afecta el encuadre y sus posibles soluciones: "la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso".

En efecto, las circunstancias de hecho del caso varían del 17 de octubre de 2000, día en que la Sra. Tanus toma conocimiento de que el niño que lleva en su seno -con edad gestacional de **19** semanas- padece anencefalia, al 14 de noviembre de 2000, día en que la Sra. Tanus -cuyo hijo tenía un desarrollo de **23** semanas- promueve la acción de amparo a fin de obtener la autorización judicial correspondiente para "anticipar el parto o interrumpir el embarazo".

De acuerdo a lo declarado en la causa por el subdirector del hospital, Dr. Horacio Illia (declaraciones que concuerdan con los datos que pueden encontrarse en cualquier libro de obstetricia⁸), la inducción del parto anterior a las **20** semanas es considerada aborto, desde la semana 20 a la semana **27** se trataría de un parto inmaduro y, a partir de la semana **28** sería un parto prematuro. En estos dos últimos supuestos el médico puede inducir el parto sin mayores riesgos para la vida del feto.

Esto implica que **al momento de promoverse la demanda** -el feto tenía **23** semanas de desarrollo- **el caso no encuadraba en ningún delito penal y no se requería autorización judicial para que se realizase a la actora la inducción del parto**, ya que este proceder no ponía en riesgo la vida del niño por nacer.

11.1.3.1) El transcurso del tiempo desde la óptica del abogado: las opciones a considerar⁹

⁷ Carrió, Genaro R.: "Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes", Ed. Abeledo Perrot, 1995, Reimpresión. Citado por: Gordillo, Agustín: en "El método en derecho: Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer", Ed. Civitas, Reimpresión 1999, pág. 79, nota 55.

⁸ "Parto prematuro es el que ocurre antes de las 37 semanas de gestación (OMS 1970-77), si bien la American Academy of Pediatrics Committee on the Fetus and Newborn (1976) ha utilizado 38 semanas como límite diagnóstico superior. El límite inferior de edad gestacional (EG) que establece el límite entre parto prematuro y **aborto es, de acuerdo a la OMS, 22 semanas de gestación o 500 grs. de peso** o 25 cm de corona a rabadilla". Informe: "Parto prematuro".

http://escuela.med.puc.cl/paginas/Departamentos/Obstetricia/AltoRiesgo/parto_prematuro.html

⁹ Gordillo, Agustín: "El método en derecho: Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer", Ed. Civitas, Reimpresión 1999, Punto 9, pág. 91.

Al tomar conocimiento del caso, ¿consideró la abogada de la actora vías

alternativas razonables de comportamiento material, en especial el manejo del tiempo, antes de recurrir a la vía jurídico formal? **¿No hubiese sido más prudente y mejor para la actora esperar un mes -para que el estado gestacional del feto permitiera un parto prematuro- y solicitar nuevamente la inducción del parto en el mencionado hospital o en otro?** ¿Fue necesario recurrir a los tribunales, con el grado de exposición para la actora y su familia que ello implicó? ¿No cabía otra solución menos 'costosa' desde el punto de vista psicológico para la actora, considerando que era precisamente su salud psicológica la que se intentaba proteger?

Las **soluciones alternativas** que sugiero son las que habitualmente se toman en los hospitales públicos ante estos casos -según me informaron en el Hospital San Roque de la ciudad de Paraná- aunque importan 'menos lucimiento profesional aparente para los abogados.

Esto fue advertido por los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad" : 'La jueza Alicia Ruiz dice que **se pidió a los jueces que ordenaran 'lo que no requiere orden alguna'**"¹².

Cabe preguntarse si la abogada de la actora no "vio" esta alternativa, o bien utilizó el caso con otros fines... (como 'caso piloto' para introducir nuevamente en la opinión pública el debate sobre el aborto").

¹⁰ Gordillo, Agustín: "El método en derecho: Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer", Ed. Civitas, Reimpresión 1999, Punto 9.2.2, pág. 92.

¹¹ Diario Clarín, 18.01.01, "Intervención en la Maternidad Sardá".

¹² En un caso similar (informado por el Diario Clarín del 26.06.01 "Otro caso de anencefalia: Una jueza porteña autorizó la interrupción de un embarazo") que se planteó en la Ciudad de Buenos Aires, una junta del hospital Argerich decidió que era imprescindible pedir autorización judicial para interrumpir el embarazo. El asesor tutelar, defensor de niños, niñas, adolescentes e incapaces entendió que los médicos no objetaron la práctica desde un punto de vista médico. **"El cuestionamiento de los profesionales en medicina -escribió en su dictamen- lo es desde el punto de vista legal, con sustento además erróneo"**. Moreno decidió no formular "oposición expresa a la interrupción del embarazo por el medio adecuado que indiquen los profesionales médicos". Moreno también destacó que su dictamen ocurría cuando el embarazo tenía 32 semanas. Y que por eso no es un aborto sino un parto prematuro. "Si tuviera que nacer en forma prematura tendría posibilidades de vida". En su fallo, la jueza Lago tomó en cuenta que "una mujer portadora de un feto anencefálico está expuesta a que los riesgos del embarazo aumenten". Y entendió que "el adelantamiento del parto de un niño anencefálico **no compromete su derecho a la vida**". "Es dable esperar que en el futuro -escribió Lago- los profesionales del arte de curar se pronuncien concretamente **con sustento en razones médicas y no jurídicas, asumiendo cabalmente la responsabilidad que les compete**".

¹³ El diario Clarín del 11.01.01 (Sociedad: El polémico caso de un feto que sufre anencefalia y no tiene posibilidad de sobrevivir) informa que la Defensora del Pueblo de

Como lo destaca el Dr. Nazareno en su voto, 'debe tenerse en cuenta que el amparo fue promovido 'para dar fin a este embarazo' ya que "Tanto mi esposo como yo somos conscientes que la intervención médica que solicitamos puede ser resuelta de otro modo, es decir en lugares 'privados" que no requieren autorización judicial alguna; pero no elegimos el camino ilegal... (escrito de demanda de fs. 15 vta., párrafos cuatro, parte final y sexto) lo que claramente implica la intención de todo evento, de abortar' (considerando 9°).

II. I.3.2) El transcurso del tiempo desde la óptica del Tribunal

El transcurso del tiempo -que se traduce en el caso en el "ritmo inexorable de un proceso biológico"- fue tenido en cuenta por la Corte para habilitar la feria judicial de enero y para resolver el caso¹⁴. Considero que la solución hubiese sido distinta si el caso hubiese llegado a la Corte unos meses antes (dentro de las primeras semanas del embarazo).

Así el voto de la mayoría considera que **el avanzado estado del embarazo de la amparista desde el punto de vista científico autoriza a calificar el eventual nacimiento de 'premature', pero no ya como 'inmaduro' y, menos aún, como un medio con aptitud para**

la Ciudad derivó a la Sra. Tanus a la Fundación Unos con Otros, organización no-gubernamental que se ocupa de brindar "asistencia familiar", dirigida por la doctora Perla Prigoshin, quien llevó adelante el juicio. Dicha Fundación patrocina este tipo de casos y los promueve en los medios de comunicación con una intencionalidad clara de promover la legalización del aborto.

¹⁴ Voto de la mayoría: "La virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el del embarazo de la actora. El transcurso íntegro de ese período vital tornaría inoficioso un pronunciamiento de este Tribunal, a la vez que sería susceptible de concretar el daño actual o inminente en que se sustenta esta acción de amparo. Esas circunstancias imponen al Tribunal la adopción de una decisión con la máxima urgencia, máxime frente a la comprobación de que cuestiones de competencia han provocado dilaciones incompatibles con el inevitable término del proceso de gestación de un ser humano. Que esta Corte ha asumido la imperiosa necesidad de pronunciar su decisión tempestivamente al habilitar la feria judicial para dar oportuna respuesta a la petición sub examine. Ello, porque en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepitable, que indefectiblemente concluirá con el alumbramiento del nasciturus..." (considerando 4°).

Disidencia del Dr. Petracchi: "También ha de tenerse presente que, de acuerdo a conocida jurisprudencia, esta Corte debe atender a las circunstancias existentes al momento del dictado de su pronunciamiento, aunque ellas fueren sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos 311:1680 y sus citas). Desde esta perspectiva, cabe destacar que -de conformidad con las constancias de autos- la actora se encuentra en el último tramo de su embarazo, más precisamente cursa el octavo mes de gestación" (considerando 9°)

causar la muerte de la persona por nacer, por la insuficiencia de su evolución. No existe diferencia en cuanto a su posibilidad de sobrevivir, entre inducir el parto en ese momento o esperar el íntegro transcurso de los nueve meses de gestación. *El nacimiento no es, en el caso, un medio para causar la muerte del niño*: el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita (su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales).

II. I .4) Un voto que no "ve" adecuadamente los hechos

En un extenso planteo de más de 15 páginas, la disidencia del Dr. Nazareno -a mi criterio- enfoca mal el problema y analiza cuestiones que no están involucradas en el caso al momento del fallo:

"Se impone liminarmente dilucidar los siguientes interrogantes: 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 si en efecto lo tiene, ¿debe prevalecer sobre el (que) ha invocado la madre para fundar el amparo?" (cons. 7).

Pienso que "mira mal" los hechos, pues **no tiene en cuenta que el transcurso del tiempo ha modificado el caso**. En efecto, la inducción del parto que se solicita no es -dado el grado de desarrollo fetal **al momento de la resolución de la Corte-** *un medio para causar la muerte del feto*: el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita. El feto morirá por su anencefalia, nazca cuando nazca, y no por el alumbramiento que sólo será una mera ocasión del fallecimiento y no su verdadera causa. Por ende, no está en juego en el caso el "derecho a la vida" del feto, ni está en discusión su condición de 'persona'.

Existe otra hipótesis (que se desarrolla en el punto II.2.3. Lo que el fallo no dice) que intenta explicar el proceso de toma de decisión de este voto.

II. I .5) Un consejo de Carrió¹⁵ puesto en práctica

Entre las 'diez recomendaciones acerca de cómo argumentar un caso frente a un Tribunal', Carrió pone en primer lugar la siguiente: **"Tratar siempre de ver las cartas del adversario"**, es decir, entrevistar al

¹⁵ Carrió, Genaro R.: "Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes", Ed. Abeledo Perrot, 1995, Reimpresión. Sostiene que "nuestro procedimiento no es en rigor ni oral ni escrito sino conversado".

Magistrado y, so pretexto de pedirle celeridad o que estudie bien el asunto, machacarle de palabra los puntos salientes de su argumentación.

De la lectura del diario Clarín del 11 de enero de 2001 surge que la abogada de la actora habría realizado un 'alegato de oreja'. El diario informa que 'la abogada tiene confianza: **"El secretario de la Corte durante la feria me dijo"**¹⁶: 'Si hay un caso por el cual la Corte de un país tiene que habilitar la feria judicial, es éste'. Y la habilitaron. Creo que nos va a ir bien: la Corte muestra una sensibilización creciente respecto del dolor de la gente".

Como se ve, la abogada de la actora informó a los medios de comunicación social los resultados de este 'alegato de oreja', intentando de este modo 'manipular' la opinión pública a su favor y en cierta forma 'presionar' a los miembros del Alto Tribunal.

Puede apreciarse cómo se usó el sufrimiento genuino de la madre para poner en el tapete el debate público sobre la legalización del aborto.

II. I.6) Lo que el fallo resuelve

Luego de determinar" cuál es la situación de hecho a la cual el fallo se refiere, debe analizarse cuál es la decisión que el tribunal adoptó, es decir, qué se resolvió en el caso determinado. Este fue, a mi entender, el proceso en la toma de decisión de los miembros del Tribunal: análisis de los hechos y, en base a ellos, resolución del caso.

La Corte resolvió autorizar la inducción anticipada del parto, confirmando la decisión recurrida, que establecía:

A) Admitir la acción de amparo promovida por la actora.

B) Autorizar a la dirección del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la señora Silvia Tanus. La intervención deberá ser comunicada al juzgado de primera instancia interviniente, como así también si existiera alguna causa que impidiera la interrupción del parto.

¹⁶ También se puede apreciar hasta qué punto es cierto lo que se dice: **"el juez toma primero su decisión y luego la da a escribir a un asistente**. En la Corte Suprema de Justicia de la Nación hay cerca de doscientos secretarios y prosecretarios letrados, con un nivel jerárquico y profesional equivalente a juez de primera instancia o camarista. Es lo que se da en llamar la "Corte joven". Su número y excelencia profesional dice a las claras de sus funciones reales". Gordillo, Agustín: "Cómo leer una sentencia", Revista Actualidad en el Derecho Público, Ad Hoc, 234-91, Buenos Aires, 1998.

¹⁷ Gordillo, Agustín: "Cómo leer una sentencia", Revista Actualidad en el Derecho Público, Ad Hoc, 234-91, Buenos Aires, 1998.

C) La autorización se extiende a los profesionales que deban realizar la intervención, la cual se realizará conforme a la lex artis, debiéndose actuar con el mayor respeto hacia la vida embrionaria.

D) Si existiera alguna objeción de conciencia, la demanda procederá a efectuar los reemplazos o sustituciones que correspondan.

E) La actora deberá conocer y consentir la intervención solicitada.

El Dr. Petracchi declaró inadmisibile el recurso extraordinario, quedando de esta manera firme la sentencia recurrida que autorizaba el alumbramiento prematuro.

Las disidencias de los Dres. Nazareno y Boggiano declararon procedente el recurso extraordinario interpuesto, revocaron la sentencia apelada y rechazaron la demanda de amparo.

11.2) Valoraciones

Luego de analizar los hechos, se deben esclarecer los aspectos emotivos y axiológicos del caso.

11.2.1) Aspectos emotivos

El caso tiene un claro aspecto emotivo, que debe canalizarse en un análisis racional del caso. Los sentimientos no deben empañar los hechos. Veamos cómo influyen los aspectos emotivos en el Tribunal, y cómo se los encarrila en un análisis racional:

Mayoría:

Sostiene que se trata de un **"caso que los jueces quisieran no tener que resolver**. En efecto, se verifica la situación paradójica de que, con el alumbramiento, aún rodeado de las máximas precauciones que pueda proporcionar la ciencia médica, acontecerá la muerte del nasciturus. Llegar a ser un individuo en el mundo exterior significa cruzar el umbral que, en la especie, resulta insuperable pues el mero hecho de atravesarlo provocaría el deceso. Y de esa suprema contradicción, que conjuga la vida y la muerte, fluyen **los sentimientos confusos** que el caso guarda.

Pero para dejar atrás la confusión es preciso afirmar que en la decisión a la que arriba en el fallo nada hay que altere el curso natural de las cosas: concepción, vida en el seno materno, transcurso de un período de gestación más que suficiente para la formación del ser humano completo y viable, su alumbramiento sin riesgos para el hijo y madre, y la preservación del derecho a la vida de ambos durante el curso de este proceso mediante instrucciones precisas del tribunal a quo en ese sentido.

El suceso escapa de todo control científico o jurídico ya que la vida del niño sólo perdurará durante el mantenimiento en el seno de la madre, que concluye al cumplirse un plazo infranqueable: el ciclo normal de gravidez. Por ello, la conservación de la vida del niño se identifica con el transcurso normal de un embarazo de duración suficiente para el alumbramiento sin riesgo. Y ese ciclo está ya cumplido.

Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su vitalidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física

En esas condiciones, coexiste la frágil e incierta vida intrauterina del nasciturus, con el sufrimiento psicológico de su madre y de su familia entera, que ve progresivamente deteriorada su convivencia en función de un acontecimiento dramático, que se extiende y agrava si dar margen para la elaboración del duelo (según informe psicológico de autos)".

Dr. Bossert:

Se refiere al sufrimiento psicológico de la madre, basándose no sólo en la declaración del médico doctor Ricardo Illia (audiencia del 27 de noviembre de 2000) que sostuvo: "en orden del daño psicológico, concuerda con la actora que esto tiene visos tortura", sino también en el "más elemental sentido común" que "permite comprender" este sufrimiento. Además, se funda en "las expresiones de la actora vertida en esa audiencia, que describen con sobriedad, sin patetismo, aspectos de su vida cotidiana, su prolongada aspiración de tener su segundo hijo, la alegría inicial y la desesperación que sobrevino revelan sin que quede lugar a una réplica seria, respetuosa de la condición humana más allá de la retórica - la magnitud del drama que la actora y su familia están viviendo".

"En este caso, en el que ninguna sentencia puede *aportar felicidad*, sólo mantener o poner fin a un intenso sufrimiento, el Tribunal debe proteger el derecho de la madre a la salud frente a la pretensión de prolongar, sin consecuencias beneficiosas para nadie, la vida intrauterina del feto".

II.2.2) Aspectos axiológicos

También influyen en la solución de un caso la personalidad¹⁸, formación académica, postura filosófica y religiosa de los miembros del Tribunal.

¹⁸ Carrió aconseja al abogado que se esfuerce por ver las cosas como las vería el juez (Carrió, Genaro R.: "Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales

Estos aspectos tienen particular relevancia en casos como el que se analiza.

El Diario La Nación del 12 de enero de 2001 (nota "Cuando la ideología quedó de lado", sección Información General) informa que **"Los votos de los jueces no se compadecen con sus posturas más o menos liberales.** La decisión de la Corte Suprema de Justicia de permitir inducir el parto de una madre embarazada de casi 8 meses porque su hijo no tiene posibilidades de sobrevivir no necesariamente está emparentada con el perfil ideológico de los magistrados que estudiaron el controvertido caso. A la hora de votar, se unieron para autorizar el parto anticipado tanto reconocidos liberales como católicos conservadores que en otros temas de familia habían adoptado posturas contrapuestas. Tampoco los aglutinaron afinidades ideológicas, ni siquiera escuelas jurídicas. **Lo que sucede es que aquí primó, más que la formación, inclinaciones e historia de vida de cada uno, la necesidad de preservar la salud psíquica de la madre, que vive su embarazo con desesperado sufrimiento.** Este mismo argumento fue recogido por la Corte al justificar la forma en que falló. Por eso, en esta oportunidad fueron dejadas de lado las habituales alianzas que unen a algunos miembros del tribunal al tratar casos de índole política donde están en juego intereses del Gobierno".

Continúa el matutino informando: 'Voto a voto: El vicepresidente de la Corte, Eduardo Moliné O'Connor, es un experto en derecho comercial, que en sus fallos demostró una idea más cercana al conservadurismo. El mismo aclaró públicamente los alcances de esta resolución para precisar que no se trata de autorizar el aborto, sino de una sentencia 'en favor de la vida'.

Carlos Fayt, en cambio, un socialista por convicción, adoptó en sus fallos históricamente posturas menos conservadoras e incluso votó en favor del divorcio.

Augusto Belluscio, un especialista en derecho de familia, es más conservador y, por ejemplo, se opuso al divorcio a la hora de tratarlo,

para abogados jóvenes", Ed. Abeledo Perrot, 1995 Reimpresión). Esto es lo que muestra el voto de Handy en el caso de los exploradores de cavernas, cuando se refiere a la personalidad del presidente de la nación y predice su postura respecto del caso (Fuller, L.: "El caso de los exploradores de cavernas", Ed. Abeledo-Perrot).

En igual sentido se advierte al abogado que, al preparar un escrito, tenga en cuenta que "El escrito puede verse influenciado por las características de quien ha de decidir". Gordillo, Agustín: "El método en derecho: aprender, enseñar, escribir, crear, hacer", Ed. Civitas. Reimpresión 1999.

aunque en esta ocasión apoyó la inducción del parto antes de los ocho meses de gestación.

Gustavo Bossert, en cambio, es un liberal, experto también en temas de familia. Este rosarino, poeta y escritor, falló por ejemplo en favor de reconocer a una madre el derecho de que la Justicia establezca que el marido no es el padre de sus hijos, cuando se dio el caso.

Guillermo López, un experto en derecho laboral, allegado al sindicalista Lorenzo Miguel, está más cerca del conservadurismo en sus fallos, aunque en esta ocasión acompañó el voto de la mayoría.

Por la minoría votó el presidente de la Corte, Julio Nazareno, un riojano también conservador.

Compartió su postura el ministro Antonio Boggiano, un católico practicante, cercano al Opus Dei, experto en derecho internacional que llegó al máximo tribunal de la mano de los obispos Antonio Quarracino (ya fallecido) y Ubaldo Calabresi.

Los dos jueces se pronunciaron por rechazar la acción de amparo, al entender que al precipitar el parto se privaba al niño de su tiempo de vida intrauterina.

Enrique Petracchi, el más liberal de los nueve miembros del máximo tribunal, que oportunamente había apoyado la idea del divorcio, sumó el sexto voto que permitió el parto, pero no analizó el fondo del problema, sino que técnicamente rechazó el recurso de apelación sobre el fallo del Superior Tribunal de Justicia de la ciudad, con lo que, para él, queda firme esa decisión que autorizaba el alumbramiento prematuro.

El juez Adolfo Vázquez estuvo ausente en el acuerdo extraordinario, convocado en plena feria judicial de verano'.

Considero que en la **disidencia del Dr. Boggiano**¹⁹, estos aspectos axiológicos fueron considerados antes de examinarse adecuadamente

¹⁹ "La autorización del adelantamiento, conferida en la sentencia, supone convalidar una conducta cuyo inexorable desenlace es la muerte del ser en gestación. Permite, en definitiva, poner fin a una vida y coloca a los médicos en el trance de atentar contra el ideal de esa profesión, que exige luchar contra el dolor y la muerte hasta el último momento posible. Es por ello que no puede calificarse e ilegítima la denegación u omisión de los médicos de acceder al pedido de la actora... El hecho de que la criatura sólo cuente con la posibilidad de sobrevivir extrauterinamente por un lapso no superior a las doce horas, no cambia las cosas, porque la vida de la persona por nacer no se protege únicamente bajo a condición de que pueda alcanzar algún grado de autonomía vital... Por último, el argumento que se funda en las limitadas o nulas posibilidades de sobrevivida después del nacimiento para justificar el parto anticipado, desconoce el valor incommensurable de la

los hechos. En efecto, no parte de un análisis de los hechos, sino de principios valoraciones, tales como "el valor de la vida de la persona por nacer", "el ideal" de la profesión del médico que "exige luchar contra el dolor y la muerte hasta el último momento posible", el "derecho a morir en paz" (principios que, por otra parte, el voto de la mayoría no desconoce). Pero del análisis de los hechos se desprende que la autorización para adelantar el parto no violaba, dada la etapa gestacional en que se encontraba la Sra. Tanus, ninguno de los principios aludidos.

II.2.3) Lo que el fallo no dice²⁰

Pienso que en el proceso de toma de decisión de las disidencias de los Dres Nazareno y Boggiano debe haber influido el 'peso' de sentar un precedente que, citado en forma incorrecta, abriera la posibilidad de legalización del aborto²¹

El diario Clarín del 13 de enero de 2001 publicó una nota titulada "LA POSICIÓN DE LA IGLESIA. Piden que no se malinterprete un fallo para interrumpir un embarazo" en la que se afirma: "El Arzobispado de Buenos Aires dijo que sería **lamentable** que la lectura del fallo judicial se interpretara como 'una apertura a la posibilidad jurídica del aborto eugenésico'. Además, el sacerdote Domingo Basso, especialista en bioética y ex rector de la Universidad Católica Argentina, lamentó que el caso hubiese llegado a la Corte Suprema y consideró a sus jueces 'incompetentes para resolver un caso semejante'. Refiriéndose al tribunal, el padre Basso agregó: 'Son meros y mediocres juristas, pero con su juicio, extraordinariamente imprudente, **plantean jurisprudencia que muchos, con gran y diabólica astucia, pueden llegar a aplicar a casos completamente ajenos al tema en cuestión**'".

vida 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 las del sufrimiento de la madre o de su núcleo familiar"

²⁰ Gordillo, Agustín: "Cómo leer una sentencia", Revista Actualidad en el Derecho Público, Ad Hoc, 234-91, Buenos Aires, 1998.

²¹ En los Estados Unidos se describe ala Corte como el "último forum de principios". Según esta teoría, "el Poder Ejecutivo y la Legislatura siempre están preocupados por cuestiones de corto plazo y por compromisos coyunturales. Solamente los jueces, en cambio, tienen la distancia necesaria para elaborar cuidadosamente los valores morales de la sociedad y fundar principios generales aplicables a una variedad de casos". Miller, Jonathan M., Gelli; María Angélica, Cayuso, Susana: "Constitución y poder político: jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación", Editorial Astrea, 1995, 2° Reimpresión, T2, pág. 1089.

Por otra parte, la abogada de la actora²², declaró el día anterior al dictado de la sentencia que “la realización de **abortos terapéuticos** tiene relevancia internacional: en su informe de noviembre de 2000, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, destacó en su capítulo sobre Argentina: ‘Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre’, y que ante un resultado adverso, “apelaría la sentencia en ámbitos internacionales”.

Como puede leerse en el mencionado informe, a continuación del párrafo citado por la abogada de la actora, el Comité recomienda la ampliación de los casos de despenalización del aborto en Argentina: "The Committee said it was concerned ... that **medical practitioners were dissuaded from practising abortion without judicial authorization even if there was a risk for the health of the mother or in the event of pregnancy after rape of a mentally handicapped woman...** Among other things, **the Committee recommended that the law on abortion be amended so as to authorize abortion in all cases of pregnancy following a rape**" (Press Release. HR/CT/589. Human rights committee concludes seventieth session 3 november 2000).

Quizás esto también fue tenido en cuenta por los miembros del Tribunal que formaron la mayoría, razonando en este sentido: es preferible encuadrar estos casos dentro de la legislación vigente, para "no dar lugar" a la reapertura del debate en torno de la despenalización del aborto.

II.3) Las normas

El voto de la mayoría no realiza un profundo análisis normativo. Entiendo que esto se debe a que la solución del caso se tomó sobre la base de los hechos, ya que el adelantamiento del parto no implicaba, en esa etapa gestacional, ningún riesgo para la vida o salud del niño por nacer y permitía resguardar la salud psicológica de la madre.

Es decir que se arribó a una solución justa ponderando las distintas dimensiones del problema, se encontró la solución más prudente del caso en la naturaleza de las cosas, que es la causa eficiente principal del derecho. Las normas son sólo su causa formal extrínseca.

²² Diario Clarín, 11.01.01, nota "El polémico caso de un feto que sufre anencefalia y no tiene posibilidad de sobrevivir".

En efecto, la única mención que se realiza en cuanto a las normas aplicables al caso se encuentra en el considerando 2), que se refiere a la procedencia formal del recurso²³, y en el considerando I I), que enuncia "como al pasar" que la solución que se adopta no afecta "la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art. 2 de la Ley N° 23.849 -aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño- y el art. 4 del la Convención Americana sobre los Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica".

Y en el considerando 13) se hace referencia a figuras penales y derechos constitucionales, sin mencionarse expresamente las normas: "no trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es -para excluir la protección de su vida- persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida. En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación. Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura - dentro del margen de toda situación vital- el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir".

III) Conclusión

He intentado hacer una lectura no convencional de la sentencia, tratando de descubrir todos los factores ponderados por el Tribunal y las verdaderas razones que, a mi entender, llevaron a la toma de decisión de cada miembro de la Corte.

Por otra parte, el método empleado para el análisis del fallo permite comprobar la importancia que cobran los hechos en la solución de los casos de derecho. En efecto, considero que las operaciones mentales del juez, del jurisconsulto, del legislador, constituyen un pensamiento sobre problemas, un pensamiento aporético: no parten de primeros principios al modo de premisas para extraer de ellas consecuencias, sino que parten del análisis de problemas prácticos suscitados por la

²³ El recurso es procedente formalmente por hallarse en juego la interpretación de normas federales (arts, 14, 14 bis, 18, 19, 33, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre los Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Ley N° 23.489 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño; la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y vida social. La función del legislador, del juez, es hallar la solución de mayor prudencia, más adecuada o más procedente respecto de un problema práctico. El pensamiento aporético implica ponderar, sopesar, apreciar, estimar los diversos

componentes y las variadas dimensiones del problema para arribar a una solución justa.

Como puede apreciarse, en el caso "Tanus" la Corte no autorizó un aborto, tal como lo proclaman quienes intentan su despenalización. Por el contrario, lo que aquí se autorizó fue la inducción de un nacimiento, ya que el avance del embarazo aseguraba -dentro del margen de toda situación vital- el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir.

Finalmente, pienso que el aborto no debe despenalizarse, ya que la misión principal del Derecho Penal es la de resguardar los valores fundamentales de la comunidad, pues al castigar y proscribir la inobservancia de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela la vigencia e importancia de aquéllos, a la vez que fortalece el juicio ético-social de los ciudadanos. "Cabe pues esperar del Derecho Penal no sólo una función preventiva y represiva sino también pedagógica y arquetípica, que compromete necesariamente un juicio moral previo. No es posible por ello afirmar que el Estado debe carecer de una moral o ser ajeno a ella. Muy por el contrario, la función política en modo alguno es indiferente a la ética social, ella misma encarna un cierto ideal, aunque sea mínimo, de valores morales. Valores éstos compartidos, constituidos por tanto en sustrato necesario para la convivencia social y sin los cuales los vínculos se aflojan o desaparecen"²⁴.

Claro está, esta función pedagógica debe ejercerla en primer lugar la comunidad, empezando por la familia y continuando por las agrupaciones intermedias.

La verdadera educación sexual se realiza en el seno de la familia y se alimenta con el ejemplo de los padres, con la información adecuada, verdadera, prudente y ajustada a la edad de los niños y con la formación del carácter a través de la propuesta de valores fundamentales y de la educación para el amor.

Políticos, tratados de jerarquía constitucional) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente sustenta en dichas normas.

²⁴ "Cuestiones debatidas respecto del tipo penal del artículo 6° de la Ley N° 20.771". Yacobucci, Guillermo J. Doctrina Judicial 1989- I , 129. Citado por García Torres, Tristán:

"La vida y el aborto", Doctrina judicial, Año V, N° 33.