



¿ABORTO TERAPÉUTICO?

MARÍA INÉS MONTESANO

A raíz de la lectura del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, del 27 de junio de 2005 (causa Ac. 95.464, C.P.d.P.A.K. Autorización) por el que se resuelve la autorización para interrumpir un embarazo a partir del recurso de inaplicabilidad de la ley interpuesto en representación de la persona por nacer, procuraré efectuar algunas consideraciones acerca de los argumentos que se han esgrimido para justificar el aborto. Ello en el entendimiento que nos es posible acercarnos al conocimiento de la verdad por medio de la razón y a través del diálogo.

Por ello intentaré mostrar los argumentos por los que entiendo que algunos de los que se desprenden del fallo son erróneos, y por los que se arriba a una solución que no resulta justa por no estar adecuada a derecho.

El presente trabajo pretende sistematizar algunos de los argumentos¹ que se han dado en cuanto a la cuestión del aborto en general y del “aborto terapéutico” en particular y se intentará confrontarlos con otros, que surgen del mismo fallo y del ordenamiento jurídico para luego sistematizarlos de modo que no quede conculcado ningún derecho fundamental de las partes intervinientes en la controversia. De lo contrario, si algún derecho fundamental queda excluido por no haberse armonizado los bienes jurídicos en conflicto, la determinación de lo justo, o sea, del derecho, habrá fracasado para el caso concreto.

¹ Advertencia: los argumentos son tomados de los votos relativos a la “segunda cuestión planteada” (el recurso de inaplicabilidad de la ley).





En primer lugar, haremos una somera mención de los hechos: la actora por sí y en representación de sus hijos menores requirió autorización para interrumpir su embarazo con motivo de “alto riesgo de morbilidad materno fetal” con certificaciones médicas que así lo aconsejan.

El fallo, con relación al recurso de inaplicabilidad de la ley interpuesto en representación de la persona por nacer trata cuestiones de fondo acerca de las que intentaré reflexionar a continuación.

1. Derecho a la vida de la persona por nacer vs derecho a la vida y dignidad de la mujer:

El primer argumento que tratamos, contrapone el derecho a la vida del nasciturus con el derecho a la vida y dignidad de la mujer.

En este sentido, afirma el Dr. Genoud en su voto: “En casos como el presente “la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación como la vida y la dignidad de la mujer””.² Respecto de la dignidad afirma el juez: “... la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.”³

Contra este argumento, afirma también el Dr. Genoud: “El principio pro homine del derecho internacional de los derechos humanos configura una directiva que indica al intérprete que, frente a uno o varios textos normativos que puedan afectar derechos humanos, se debe tomar siempre una decisión a favor del hombre.”⁴

Consideramos los derechos que entran en conflicto en un caso como el presente en que una madre se presenta a solicitar autorización judicial para interrumpir su embarazo por considerar que se encuentra en riesgo su salud o su vida. Los derechos en conflicto son, el derecho a la vida o salud de la madre (que se encuentran en riesgo en caso de continuarse el embarazo) vs. el derecho a la vida del nasciturus (que se dejará de lado de modo absoluto en caso de inte-

² Dr. Genoud, pto. IV.3.

³ Dr. Genoud, pto. IV. 3.

⁴ Dr. Genoud, pto. IV.6.





rrumpirse el embarazo). Nos proponemos arribar a una solución que los pudiera armonizar, en lugar de permitir prima facie la supresión de alguno. Para ello, analizaremos el contenido y protección jurídica de los derechos a la vida y a la dignidad.

Comenzamos con el análisis del derecho a la vida. Este derecho está explícitamente reconocido en el art. 29 de la CN según el cual *la vida de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna*. La Corte Suprema en “Saguir Dib”, lo considera el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (*Fallos*, 302: 1284).⁵ El derecho a la vida es un derecho fundante y personalísimo, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos.⁶ No se puede dejar de advertir que el derecho a la vida protegido en la Constitución Nacional incluye a la vida de la persona por nacer. Ya antes de tener jerarquía constitucional el Pacto de San José de Costa Rica⁷ y otros pactos que protegen el derecho a la vida desde la concepción, éste se consideraba protegido por la Constitución Nacional, como derecho implícito (no enumerado) en el art 33.⁸ O sea que nuestra Norma Fundamental y los pactos con jerarquía constitucional reconocen y protegen el derecho a la vida tanto de la madre como el del niño por nacer.

En cuanto al derecho a la dignidad, postulamos la igualdad de jerarquía del derecho a la dignidad tanto de la madre como de la persona por nacer. Ello porque la Constitución Nacional consagra el derecho a la vida desde la concepción, reconociéndose que desde ese momento nos encontramos frente a la existencia de una persona, o sea de un sujeto de derecho y no de un objeto de derecho; en este sentido se ha dicho que “no compartimos que la madre pueda tener una suerte de poder de vida o muerte sobre su hijo”.⁹

La Constitución Nacional y los pactos con jerarquía constitucional, reconocen el derecho a la vida tanto de la madre como del niño

⁵ N. P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, t II, Astrea, p. 37.

⁶ N. P. Sagüés, *op. cit.*, p 38.

⁷ En la 2º enmienda del Pacto de San José de Costa Rica, la Argentina hace reserva en el sentido que la vida comienza desde la concepción en el seno materno.

⁸ Sagüés, N. P., *op. cit.*, citando a Martínez Delfa que conforme al techo ideológico cristiano de la Constitución Nacional, hay un derecho constitucional del gestante, p. 41.

⁹ Dr. Pettigiani, pto. II.



por nacer. Lo mismo debe decirse del derecho a la dignidad que corresponde a la persona por el hecho de serlo (o sea desde el momento de la concepción). Por la identidad de jerarquía que corresponde al derecho a la vida tanto de la madre como la de la persona por nacer, no puede decirse de modo justificado que se afirme que el derecho a la vida y dignidad de la madre deba prevalecer.

Entonces en cuanto se contraponen el derecho a la vida de la persona por nacer al derecho a la vida y dignidad de la madre, debemos tener presente que la Constitución Nacional, los tratados con jerarquía constitucional y las leyes de la Nación protegen el derecho a la vida de todas las personas que habiten en el suelo argentino. Asimismo, y como derivación del derecho a la vida que se define como personalísimo y fundante, encontramos el derecho a la dignidad de la persona. Debemos tener presente que el derecho a la vida y dignidad de la madre, reconocidos por nuestro sistema jurídico no pueden resultar absolutos. Deben armonizarse con el derecho a la vida y a ser tratado con dignidad también corresponde a la persona por nacer.

Se impone como necesaria una interpretación armonizante de los derechos teniendo en cuenta que son de igual jerarquía (el derecho a la vida de la madre tiene la misma e idéntica jerarquía que el derecho a la vida de la persona por nacer; y el derecho a la dignidad de la madre tiene la misma e idéntica jerarquía que el derecho a la dignidad del hijo).

En este sentido afirma el Dr. Pettigiani en su voto que en el caso el pedido de autorización para realizar el aborto procura como única solución terminar con la vida del menor y justamente por ello, como juez, se ve compelido a intervenir en defensa de la vida de la persona por nacer, que es la que se encuentra inmediatamente amenazada.¹⁰

Se puede válidamente afirmar que en la situación de la madre hay un riesgo de vida, lo que no significa que por llevar el embarazo a término muera. En cambio en el caso de realizarse el aborto, el niño muere con certeza. Entonces frente al riesgo de muerte de la madre se contraponen la certeza de la muerte del hijo y es justamente por ello que no se puede aceptar como argumento racional que sea jurídicamente lícita la autorización por un órgano estatal para suprimir la vida de una persona por nacer. En cambio, el Estado debe velar para

¹⁰ Dr. Pettigiani, pto. V.

que sea posible el desarrollo de la vida y dignidad de las personas (no sólo de la madre sino también la del niño por nacer).

2. El art. 86, inc. 1: ¿es aplicable? ¿es constitucional?

Se analiza también en el fallo si resulta aplicable al caso el art. 86 inc. 1 del Código Penal, por el que resulta impune el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

Además, afirma el Dr. Roncoroni que no hay incompatibilidad entre la norma del Código Penal que autoriza la realización del llamado “aborto terapéutico” y las convenciones internacionales. Citando a Sebastián Soler se señala que el artículo: “... tiene en el fondo su justificación en el estado de necesidad”¹¹ y por ello se afirma “que es desde esta premisa que debe analizarse la validez constitucional de la norma.”¹²

Ahora bien, el Dr. Roncoroni no se hace eco de la explicación – que de su afirmación– hace el mismo Sebastián Soler. En efecto, el penalista a renglón seguido de expresar que la norma tiene en el fondo su justificación en el estado de necesidad, explica que la misma no se corresponde con un supuesto de “estado de necesidad” sino que exige más requisitos ya que impone que quien practique el aborto sea un médico, y que éste proceda con el consentimiento de la mujer. El penalista agrega: “Esta es una cuestión delicada, que tiene en el fondo su justificación en la necesidad.”¹³ Sin embargo, advierte que: “...(en) este caso se trata del consentimiento dado para la destrucción de un ser concebido e indudablemente protegido por el interés social. En caso de peligro para la vida de la madre, la ley ...respetar ...la decisión de aquella, respetar su derecho heroico si se quiere a la maternidad y le reconoce a ella, y solo a ella, el derecho de optar entre su vida y la del hijo. Nada tiene que hacer esto tampoco con el estado de necesidad a que se lo pretende reducir. Hallándose la madre en caso extremo y urgente, puede salvar su vida dando su consentimiento a

¹¹ Dr. Roncoroni, pto 2.

¹² Dr. Roncoroni, pto 2.

¹³ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, t. III, TEA, Buenos Aires, 2002, p. 112.

cualquiera, y entonces se aplicarán los principios del estado de necesidad y del conflicto entre dos vidas. Pero no siendo esa situación, es lógico que esa situación practicada en frío reúna los extremos prudentemente fijados por la ley.”¹⁴

El problema que surge evidente de la aplicación de la norma considerando el “aborto terapéutico” como un supuesto de estado de necesidad es que no cabría la posibilidad de solicitar la autorización judicial para realizar la práctica abortiva dado que la misma situación de necesidad haría imposible la pervivencia de una o ambas personas durante el tiempo que dura el proceso judicial, que rara vez es breve.

Siguiendo la tendencia de la doctrina que no concibe el art. 86 inc. 1 como un supuesto de estado de necesidad el Dr Pettigiani, en su voto afirma citando a Cuello Calón, *Derecho Penal, Parte General*, 3° edición, Bosch, Barcelona, 1935: “El acto del que para salvar su vida causa la muerte de otro no es un acto justificado ...”.¹⁵ El derecho del sacrificado es tan legítimo como el del sacrificador. En este caso el sacrificado es por completo inocente.¹⁶ “El acto realizado no es justo y sin embargo no es punible (...) ¿cuál es la razón?”. Dice el autor “... la verdadera razón de su impunidad estriba en que estos hechos no son ni justos ni injustos, ni ilícitos ni permitidos, se hallan fuera del derecho penal; hay que aceptarlos como un hecho que la fatalidad acarrea, como una desgracia inevitable”.¹⁷

Contra esto podemos decir con el citado Soler que el acto de la mujer que consiente y del médico que realiza un aborto “terapéutico” es ilícito¹⁸ pero la ley penal, una vez realizado y si se cumplen todos los requisitos que enuncia lo exime de pena. No se trata de que sea un acto permitido ni autorizado sino ilícito. Sólo que en este caso la ley exime la imposición de la pena a la madre y al médico que realiza la práctica cuando se dan todos los supuestos que contempla el art. 86, inc. 1, del Código Penal. No compartimos que se trate de una “des-

¹⁴ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, t. III, TEA, Buenos Aires, 2002, p. 113.

¹⁵ Dr. Pettigiani, pto. III.

¹⁶ Dr. Pettigiani, pto. III.

¹⁷ Dr. Pettigiani, pto. III.

¹⁸ Sebastián Soler, op. cit., cuando afirma que “en este caso se tarta precisamente del consentimiento dado para la destrucción de un ser concebido e indudablemente protegido por un interés social”, p. 112/3.

gracia inevitable”. Se trata de un acto ilícito –causar la muerte de una persona por nacer– (que se llama delito de aborto). El acto es ilícito porque la vida del sacrificado también está protegida por el derecho. El hecho es antijurídico porque está en juego el derecho a la vida de la madre y del niño por nacer, ambos protegidos por el ordenamiento jurídico.

Habiendo delineado el sentido que tiene el art. 86, inc. 1, consideramos necesario plantear dos cuestiones. La primera es si éste resulta constitucional a la luz de la posterior incorporación de los pactos internacionales con jerarquía constitucional que protegen expresamente el derecho a la vida desde la concepción. La otra es si corresponde a un juez o a algún órgano estatal conceder una autorización para interrumpir un embarazo.

En cuanto a la primera cuestión el Dr. Soria en su voto¹⁹ afirma: “... no advierto que el régimen legal que concierne al caso (...) (art 86 2º párrafo inc 1 del Código Penal) presente tal incoherencia en su adecuación sistemática con las normas consagradas en ese tratado internacional (se refiere al Pacto de San José de Costa Rica), que conduzca a su modificación por una inconstitucionalidad sobreviviente”.

Y frente a ello afirmamos por un lado, que el Pacto de San José de Costa Rica no es el único pacto con jerarquía constitucional que protege la vida de la persona por nacer desde la concepción. Y el art. 86 inc. 1 no autoriza a un juez, ni a ningún otro órgano estatal a autorizar la práctica abortiva. Sino que exime de pena sólo a la madre y al médico interviniente en la realización del acto.

En cuanto a la segunda cuestión preguntamos. El juez ¿con qué atribuciones autoriza la realización de un acto que está en oposición con las normas que en la Constitución Nacional y Tratados con Jerarquía Constitucional que se ha comprometido a aplicar, y que se reputa ilícito por atentar contra la vida de una persona por nacer? No sólo Dios. La Patria, ¿no lo demandará?

El art. 86, inc. 1, no resulta aplicable. En efecto, la norma no autoriza la realización del acto abortivo, sino que contempla el caso en el que ocurra por decisión de la madre y exime la imposición de las penas. El supuesto tipificado es un acto ya acaecido. Y ello por la misma naturaleza del asunto que no puede ser dejado en las manos de

¹⁹ Dr. Soria, pto. f, iii.



los órganos judiciales. No es propio del ámbito jurídico sino del médico considerar si se dan las condiciones médicas para realizar la práctica a la que el ordenamiento jurídico exime de la imposición de una pena. El juez no conoce la técnica médica. Además deberá velar por la vida de la persona por nacer, no pudiendo autorizar su muerte.

3. El derecho no exige el heroísmo

Se dijo también en el fallo: “Podemos sostener que la vida empieza con la concepción, y sin embargo dejar sin castigo al que la toma como medio necesario para evitar un grave riesgo a su vida o su salud. Y esto, no porque la ley quite valor al heroísmo, sino porque no puede exigirlo”.²⁰

Ahora bien, la ley puede no exigir el heroísmo. No lo exige. Lo que no puede hacer el juez es entrometerse en esa decisión. Si se le solicita intervención deberá aplicar las normas. Y en primer lugar deberá advertir que el art. 86, inc. 1 no es aplicable (aún no se ha producido el supuesto eximido de pena). Y si se propusiera hacer el ejercicio teórico de analizar si fuese o no aplicable en el caso de haberse realizado la conducta descrita en el art. 86, inc. 1 no podría menos que analizar si el mismo no ha devenido inconstitucional. En efecto, el derecho a la vida del niño se ha reconocido explícitamente en los pactos que ahora tienen jerarquía constitucional. Además, en su caso, la elección no está en manos del juez sino sólo de la madre. El juez no puede elegir, sino que deberá arbitrar los medios para que los derechos de la madre y del niño sean protegidos. No podrá permitir ninguna conducta que implique una acción directa de aniquilación sobre el menor. Tampoco sobre la madre. No puede ordenar que se le quite la vida a alguno, debe velar por la vida de ambos. Y entonces el juez no podrá prima facie autorizar la práctica y deberá velar por la vida de ese niño que se encuentra inminentemente amenazada.

4. Los profesionales médicos tenían el deber de actuar según lo recomienda su ciencia

Afirma el Dr. Lázzari, justificando la interrupción del embarazo, que los profesionales médicos tenían el deber de actuar según lo reco-

²⁰ Dr. Roncoroni, pto. 2.



mienda su ciencia. Y para el caso de haberse negado a hacerlo, desde que forman parte de un hospital público su actuación pudo exigirse mediante el amparo respectivo.²¹ Por otro lado afirma que la hipótesis en juzgamiento se encuentra en el terreno de lo permitido. Y agrega: “*así se desprende del conjunto de normas y principios aplicables*”.²²

No coincidimos con la identificación: “permitida” = “obligada”. Debemos advertir que entre una conducta permitida y una “obligada” existe un largo trecho. Pero, ni siquiera puede afirmarse que la conducta resulte permitida. Nadie está obligado a realizar la conducta abortiva. Ningún juez, ningún órgano del Estado tiene la facultad de exigir esta conducta, porque es ilícita. Nadie puede ser obligado a matar a una persona nacida ni por nacer. Nuestro ordenamiento jurídico, las normas de nuestro país no permiten esta interpretación.

En consonancia con el argumento del Dr Lazzari, e insistente con la teoría del “deber médico”, el Dr. Sal Llargués agrega en su voto “... los principios más elementales de la lógica impiden que una conducta que está ordenada o fomentada por el Estado pueda al propio tiempo estar prohibida.”²³ Insiste “los médicos tienen deberes profesionales que cumplir ... El deber primordial es el de conservar la vida y salud del paciente ... Cuando se presenta un caso de conflicto el profesional procede, de acuerdo con los imperativos de su fuero interno no pudiendo incurrir en delito cuando obra en cumplimiento de un deber.”²⁴

Coincidimos con el Magistrado en que es deber de los médicos velar por la vida y salud de sus pacientes. Pero no coincidimos con la exclusión que se hace “a priori” de su deber de velar por la vida y/o salud también del niño. ¿Puede todavía hoy desconocerse el derecho a la vida de una persona por nacer al punto de no considerar deber médico velar por ella? Paciente no es sólo la madre, también la criatura que en este caso está en su vientre. ¿O acaso, el médico no vela por la vida del niño durante todo el embarazo y este es deber suyo, derecho de la persona por nacer, regulado por las normas de nuestro país?

²¹ Dr. Lazzari, pto. 5.

²² Dr. Lazzari, pto. 2.

²³ Dr. Sal Llargués, 3º párrafo.

²⁴ Dr. Sal Llargués, su voto, citando en la última parte a Rodolfo Moreno (h), *El código penal y sus antecedentes*, t. III, Tomassi, Buenos Aires, 1923, p. 422.

El derecho reconoce la existencia del niño por nacer. El médico “debe proteger” la vida y salud de la madre y las del feto; “debe proteger” la vida y salud del feto y las de la madre. Insistimos: no es “deber del médico” realizar un aborto sino velar por la vida de sus pacientes: madre e hijo. Y el Estado no ordena ni fomenta la comisión de “abortos terapéuticos”. Adviértase que no sólo no debe hacerlo, sino que además no lo hace. El Estado reconoce la existencia del derecho a la vida de la madre y el niño; ordena su cuidado; y sólo exime de pena a la madre y al médico en el caso de encontrarse en la situación de tener que juzgar la conducta descrita en el art. 86, inc. 1, porque no exige el heroísmo de la madre.

5. Necesidad de que el proceso judicial sirva

El Dr. Lázari utiliza entre otros, el presente argumento para autorizar la interrupción de la gestación: “...no es posible renunciar a resolver la cuestión, antes que por un imperativo jurídico por exigencias provenientes de la urgencia, del avance minuto a minuto de la gestación ... de la necesidad de que el proceso judicial sirva, en suma.” Y añade: “Y puesto que tal resolución deberá tener un fundamento normativo, no nos queda sino realizar una interpretación integrativa de la totalidad del sistema de manera de obtener un principio o regla que autorice una solución racional para el caso”.²⁵

Como punto de partida de esta argumentación se considera a la persona por nacer como una amenaza para la vida de la madre, subordinando el derecho a su existencia al derecho a la vida de la madre. Se intentará demostrar que el planteo del problema resulta arbitrario.

A continuación se expondrán los argumentos encontrados en el fallo por los que se intenta demostrar que la vida de la madre vale más que la de la persona por nacer, y por los cuales el derecho a la vida del feto sólo renacería en caso que no se encuentre en peligro la vida o salud de la madre. La asunción del problema en estos términos resulta arbitraria.

²⁵ Dr. Lázari, pto. 5.

5.1. Opción a priori por la vida de la madre

El Dr. Lázzari justificando su opción a priori por la vida de la madre afirma que “... de existir una aberrante balanza en donde so-
pesar vidas, ésta podría tal vez inclinarse a favor de la madre por su
instalación en el mundo y porque de ella dependen otros hijos.”²⁶

Se advierte una preferencia por la vida de la madre. Sólo por ello
se considera imperioso que “el proceso judicial sirva”. ¿Que sirva para
qué? Bien, para proteger la vida de la madre. Como parte de una “pre-
ferencia” por la vida de la madre, considera al “tiempo” como una
“amenaza” –resulta obvio que para la madre–, y por conclusión de este
razonamiento debe autorizarse la interrupción del embarazo.

Después que ha partido de esta opción, y ha encontrado la res-
puesta, pretende justificar su posición desde el ámbito jurídico. Y,
entonces, el Dr Lázzari contrapone el derecho a la vida del niño con el
Preámbulo de la Constitución Nacional que indica “promover el bien-
estar general”. Ante este argumento nos permitimos preguntarle si el
bienestar general que promueve la Constitución Nacional no sería
compatible con la existencia de la persona por nacer; también funda
su postura en el art. 86, inc. 1, del Código Penal –ya nos expresamos
en el sentido que consideramos que el mismo no es aplicable al caso
dado que no contempla la hipótesis de solicitarse autorización judi-
cial para la interrupción de un embarazo además del eventual análi-
sis acerca de la constitucionalidad del mismo atento los tratados con
jerarquía constitucional que protegen el derecho a la vida desde la
concepción–; además basa su solución en el “consentimiento informa-
do”. Frente a esa afirmación preguntamos: ¿el consentimiento de la
madre alcanza para que un juez autorice la interrupción de un emba-
razo?; funda también su postura en los principios jurídicos de la ley
vigente y en los principios generales de derecho, (pero éstos, ¿en qué
consisten si se excluye prima facie la consideración del derecho a la
vida de la persona por nacer?).²⁷ Esta postura no ha estado fundada
en derecho. Claramente el voto se basa en una preferencia personal
que lo torna arbitrario.

²⁶ Dr. Lázzari, pto. 5.

²⁷ Dr. Lázzari, pto. 5.

5.2. Argumentos por los cuales la vida de la madre valdría mas que la de la persona por nacer:

Afirma el Dr. Soria: “Los derechos reconocidos desde los más personalísimos hasta los patrimoniales, tales como la vida, la libertad, la integridad física (...) si bien reciben protección jurídica no necesariamente reclaman una protección igual (...). Incluso en situaciones extremas (...) el ordenamiento jurídico tolera que un bien menor o de igual jerarquía ceda ante otro mayor o de igual rango”,²⁸ refiriéndose a los de estado de necesidad y legítima defensa. Además agrega: “Con menor y diversa gravitación completaban –y terminan de delinear en la especie– el marco ponderativo del sub lite, tanto la existencia de dos hijos menores para quienes la vida de la actora es nutriente fundamental, y ... el acuerdo prestado por el cónyuge...”²⁹ En el mismo sentido, afirma el Dr. Piombo: “...el bien que se debe sacrificar ... no tiene la misma jerarquía, toda vez que una madre de familia ha anudado relaciones de educación, cuidado y protección en relación a los hijos que anteriormente ha traído al mundo...”³⁰

Ante estas palabras sólo diré que la muerte de la persona por nacer que es lo único que aparece como seguro de interrumpirse el embarazo, no se protege. Y resulta arbitrario, y fuera del orden jurídico argentino considerar con mayor jerarquía a la vida de la madre. Ya nos referimos al reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico tanto del derecho a la vida de la madre como de la persona por nacer. De aceptar el argumento inaceptable del mayor valor de la vida de la madre porque ya ha anudado relaciones de educación cuidado y protección en relación con los hijos que ya ha traído al mundo: ¿cómo se entiende la responsabilidad de la madre con respecto a su hijo, también traído al mundo, aunque por nacer? ¿Cómo se puede aceptar la mayor jerarquía de la vida de la madre por lo que hizo (traer al mundo hijos), y condenar a muerte a otro ser humano porque aún no ha podido mostrar lo que podía hacer? ¿Vamos a establecer relaciones de jerarquía por los resultados actuados? Nosotros por nuestra parte insistimos que se debe reconocer identidad de jerarquía a ambas vi-

²⁸ Dr. Soria, pto. f V.

²⁹ Dr. Soria, pto. g.

³⁰ Dr. Piombo, párrafo 5.

das porque así lo establece la ley, por identidad de dignidad para ambas vidas, porque son idénticas en esencia, y por ello, no está de más decir, la ley resulta justa al proteger a ambas.

5.3. El derecho a la vida del por nacer queda subordinado a la inconveniencia de la interrupción del embarazo

En este sentido se ha dicho: “Nos colocamos en el supuesto de que no subsistieran esas condiciones; esto es que en el tiempo transcurrido haya sucedido un cambio tal de la misma que revele como inconveniente la interrupción del embarazo. Recobrará entonces total operatividad el derecho a la vida de la persona por nacer”. Y se agrega: “... cabe concluir que todas estas disposiciones (las que se relacionan al derecho a la vida desde la concepción) reafirman que la protección a la vida de la persona por nacer comienza desde su concepción; por lo tanto de no constatarse las circunstancias y extremos médicos indicados en la sentencia de grado, debe prevalecer el derecho a la vida del por nacer.”³¹

En contra de este argumento reiteramos como se dijo más arriba que adolece del vicio de la falta de consideración de los derechos a la vida y dignidad de la persona por nacer los que de modo arbitrario aparecen subordinados a la inconveniencia de la interrupción del embarazo.

6. Peligro de perder dos vidas

La Dra. Kogan en su voto afirma: “... si bien el quejoso invoca la falta de certeza respecto del fallecimiento de la actora de continuar con el embarazo, no se hace cargo del argumento de la sentencia por el que se afirma que “resulta materialmente imposible que un profesional de la medicina hable de certeza (...) pues la medicina no es una ciencia exacta...”³²

Contra esto se dijo que la cuestión debió decidirse en base al criterio médico quien debió determinar la decisión médica, según el cuadro evidenciado, a partir del juramento hipocrático, teniendo en cuenta el idéntico valor de las dos vidas humanas.³³ Además afirma

³¹ Dr. Lázzari, “complemento”, pto 3.

³² Dra. Kogan, párrafo 12.

³³ Dr. Pettigiani, ptos. II y VIII.



el Dr Pettigiani que la vida del hijo no es menos que la vida de la madre y particularmente para el médico ambas deben ser consideradas igualmente valiosas, y continúa: “*por qué optar, por qué no intentar salvar a ambas?*”.³⁴ Y en otra parte afirma que dado que existen riesgos tanto de continuar con el embarazo como en el caso de procederse al aborto, preferir la última opción que conlleva de manera segura a la muerte de una persona por nacer, por sobre la que la conserva la advierte como insostenible.³⁵

7. Creación de una regla

Justificando la interrupción del embarazo, se ha dicho: “El aborto solo puede ser realizado como una medida terapéutica ante la necesidad de evitar un grave y eminente peligro para la vida, la salud o la integridad de la madre, siempre que no haya otro medio rápido y eficaz recomendado, contando con el consentimiento informado de ambos progenitores, debiendo ser aprobada la decisión por una junta médica de por lo menos tres miembros...”. El Magistrado expresa que se basa en el art. 86, inc. 1, Códigos de Ética Médica y Pactos con Jerarquía Constitucional.³⁶

Contra esta regla se dijo que ante la “*certeza actual de producción del riesgo*” y no ante su “*posibilidad*” el médico debe moverse con tiempos absolutamente perentorios cuando ante el concreto peligro para la subsistencia de dos seres humanos que dependen del avance de un embarazo debe intervenir (o no) ante la inevitabilidad de un desenlace que puede afectar irreversiblemente a uno o ambos sujetos involucrados. De allí que no puede hacerse depender este tipo de intervenciones de permisos o venias judiciales.³⁷

Encontramos que la primera regla no tiene sustento en nuestro orden jurídico. La Constitución protege el derecho a la vida desde la concepción. La ley protege también el derecho a la vida desde la concepción. El legislador ha querido eximir de sanción penal a la madre y al médico que realicen un “aborto terapéutico”, en la inteligencia que el derecho no exige el heroísmo. Sin perjuicio que la constitucional-

³⁴ Dr. Pettigiani, pto. VIII.

³⁵ Dr. Pettigiani, pto. VII.

³⁶ Dr. Lázari, pto. V.

³⁷ Dr. Pettigiani, pto. II.



dad de este artículo debería realizarse conforme los criterios que ya fueron expuestos más arriba.

Insistimos: no surge de nuestro ordenamiento jurídico que algún juez pueda autorizar la interrupción de un embarazo ni eximir de responsabilidad al médico ni a la madre si el aborto se ha realizado fuera del tipo previsto en el art. 86 inc. 1 del Código Penal. Sí en cambio surge de nuestro sistema jurídico la obligación para el juez de velar por la vida de las dos personas que se encuentran en situación de riesgo.

8. Conclusión: se deben armonizar los bienes jurídicos en juego

En los casos en los que se encuentran en juego dos o más bienes jurídicos debe procederse en primer lugar a su armonización; sólo en el caso que esta sea imposible se procurará salvar el bien de mayor jerarquía. Pero si ambos tienen igual jerarquía deberá velarse por la salvación de ambos. En el caso, como bien lo afirma el Dr. Pettigiani se encuentran en juego dos vidas humanas a las que cabe otorgar idéntico valor.³⁸

El juez, como órgano del Estado debe garantizar el derecho a la vida de la persona por nacer, debe intervenir en defensa de su vida que es lo único que se encuentra de modo cierto amenazado en su existencia, dada la solicitud de interrupción del embarazo. En este sentido, y siguiendo el razonamiento del Dr. Negri, en su voto, no hay norma en el derecho argentino que autorice a un juez a disponer la muerte de una persona.³⁹ Que además la persona existe desde el momento mismo de la concepción. No resulta del conjunto de normas y principios del derecho argentino (incluido el derecho internacional) que un juez pueda autorizar la muerte de una persona.

Así, los pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción: (art 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, art 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño). Ello, sin perjuicio que siempre se consideró reconocido el derecho a la vida desde la concepción por el art 33 de la CN. Y es además lo que surge de las normas de nuestro ordenamiento jurídico (art. 70 y 63 CC y delitos contra la vida

³⁸ Dr. Pettigiani, pto. II.

³⁹ Dr. Negri, pto. III.

del CP) y que se fundamenta en la naturaleza misma de las cosas. Por lo que parafraseando al Dr. Pettigiani afirmamos que hay una consideración esencialísima que encuentra sus bases en la naturaleza del hombre: ninguna vida es superior a otra.⁴⁰

En cuanto a la posibilidad de considerar aplicable al caso la figura del “aborto terapéutico” hacemos nuestro el argumento del Dr. Negri para quien si se ha procurado llegar del art. 86, inc. 1, a un principio del cual derivar una respuesta, la construcción ha sido paralógica. Y ello porque un principio no puede inferirse sólo de una norma sino de todo el conjunto de normas. Y el razonamiento no puede preterir aquellas disposiciones constitucionales y legales que declaran el comienzo de la existencia desde la concepción en el seno materno, ni las que protegen la vida y la personalidad.⁴¹ Y no resulta que pueda autorizarse la muerte de una persona, que además existe desde el momento de la concepción. Además como lo recuerda el Dr Pettigiani citando a Bidart Campos la autorización para interrumpir un embarazo no puede concederse por tratarse de una conducta que encuadraría *prima facie* en un tipo penal.⁴²

Es más, ante la equivalencia de ambas vidas, nos preguntamos con el Dr. Pettigiani por qué los médicos toman partido y proponen sacrificar sin más la vida del niño. Con la opción *ab initio* de preservar a ultranza la vida de la madre se sacrifica sin más la vida del niño por nacer.⁴³ Y esto es lo que no podemos aceptar por no resultar avalado por el ordenamiento jurídico. Ello, sin perjuicio del deber de los médicos de retornar al juramento hipocrático en virtud del cual se les impele a orientar sus tratamientos “como único objetivo” hacia “el bien de sus pacientes” y nunca hacer daño a nadie, aconsejar nada que pueda causar la muerte ni proporcionar un pesario a una mujer para que aborte.⁴⁴

Entonces, es al médico a quien le corresponde agotar todos los medios tendientes a preservar la vida de la madre durante el curso del embarazo y la del feto. El juez deberá velar porque el médico aplique la terapia de esa manera no resultando admisible la “elección” la

⁴⁰ Dr. Pettigiani, pto. III.

⁴¹ Dr. Negri, pto. IV.

⁴² Dr. Pettigiani, pto. II.

⁴³ Dr. Pettigiani, pto. VIII.

⁴⁴ Dr. Pettigiani, pto. II y cc.

vida de alguna de las personas en riesgo de muerte. Y sólo ante el fracaso de todas las terapias empleadas y la inminencia del resultado letal podrá resignarse a la actuación del principio del doble efecto: salvar uno de los bienes en juego aunque sea a costa de producir un mal no deseado en el otro.⁴⁵

Finalmente un órgano del Estado no puede autorizar una conducta ilícita como es la muerte de una persona por nacer, cuya vida debe proteger; y al mismo tiempo, tener la pretensión de haber realizado el derecho.

⁴⁵ Dr. Pettigiani, pto. VIII. Véase también Daniel Herrera, “Aborto ¿de qué se trata? ¿de que se habla?”, *El Derecho*, 31 de diciembre de 2004. En el artículo se refiere el A. a la situación en que el aborto no querido se produzca en forma indirecta al intentar salvar la vida de la madre. Sto Tomás lo explica así: “Nada se opone a que una misma acción tenga dos efectos, de los que uno es intentado y otro queda fuera de la intención. Ahora bien, las acciones morales reciben su especie de lo que está en la intención, y no de lo que le es ajeno a ella, ya que esto le es accidental” conf. *Suma Teológica*, II-II, q. 64, art. 7. Y continúa: “En lo que respecta a la aplicación del principio en materia de aborto, señala Pío XII: “si la salvación de la futura madre ... requiriese urgente una intervención quirúrgica u otra aplicación terapéutica que tuviera como consecuencia secundaria, en ningún momento querida, ni intentada, pero inevitable, la muerte del feto, tal acto no podría ya llamarse un atentado directo contra la vida inocente. ... siempre que se trate de un bien del alto valor como es la vida y no sea posible diferirla hasta el nacimiento del niño ni recurrir a otro remedio eficaz”. Conf. Pío XII, *Discurso dirigido al Congreso del Frente de la Familia y de la Federación de las Asociaciones de las asociaciones de las familias numerosas*, del 28 de noviembre de 1951.