EL DERECHO

Reflexiones sobre el llamado aborto terapéutico (1)
, Por Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho 214-95

El 27 de junio de 2005 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó la sentencia del Tribunal de Familia nº 2 de Lomas de Zamora que "declaró que se encuentran facultados los profesionales correspondientes para realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la peticionante".

La causa había sido iniciada por una madre, por sí y en representación de sus hijos menores de edad, con motivo de padecer miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular, con episodios de insuficiencia cardíaca descompensada y limitación de la capacidad funcional, así como endocarditis bacteriana y arritmia crónica. Según los médicos y seis jueces de la Corte, este cuadro genera un alto riesgo de morbilidad materno fetal y por tanto se autorizó la realización del aborto, con fundamento en el art. 86, párr. 2º, inc. 1º del cód. penal, que dispone que "el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º. 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".

Se trata de una grave situación con serios riesgos para la salud de la madre. Pero el dramático cuadro no puede hacernos perder de vista la cuestión más delicada: estamos frente a una sentencia que autoriza que se mate a una persona. No lo dice directamente, pues habla de "realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la peticionante", pero en la realidad de los hechos el acto autorizado a realizar es la eliminación del niño por nacer. La sentencia merece, pues, una justa crítica y a continuación presentaremos algunas reflexiones en este sentido.

1

"Aborto terapéutico" y efecto secundario no deseado

Se afirma que el art. 86, inc. 1º recepciona lo que se considera un "aborto terapéutico" (Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, Tea, 1992, t. 3, pág. 111). En verdad, el aborto de por sí no es terapéutico, pues no se trata de una acción directa sobre la madre para salvar su vida, sino que es la eliminación directa del niño. Por eso, no compartimos la denominación antedicha, ya que nunca la muerte intencional de una persona puede ser una opción terapéutica. Como afirma Domingo Basso, "el principio moral fundamental es siempre el mismo: el aborto por indicación terapéutica constituye el asesinato directo de un ser humano inocente y, como tal, es una violación directa de la ley natural" (Nacer y morir con dignidad, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 388).

Esta situación debe distinguirse de lo que se conoce como "principio de la causa de doble efecto". Se trata de una acción que en sí misma es buena, pero que produce un segundo efecto, no deseado, que resulta en un hecho malo. Este principio moral es expuesto por el mismo Basso en el libro citado, con fundamento en Santo Tomás quien afirma: "nada se opone a que una misma acción tenga dos efectos, de los que uno es intentado y el 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 es ajeno a ella, ya que Esto le es accidental" (Suma Teológica, II-II, q. 64, a. 7, cit. por Basso en pág. 390).

Este principio requiere algunas condiciones para su aplicación que parece oportuno recordar para que se adviertan las diferencias con el mal llamado "aborto terapéutico". En el caso del "doble efecto" se requiere: "1) que la acción de la cual se trata sea una acción en sí misma buena o, por lo menos, indiferente en abstracto, pues siempre será ilícito realizar un acto malo aunque el efecto sobreviniente sea óptimo; 2) que el efecto malo no sea intentado por el agente de igual modo que el bueno o, en otros términos, que el malo no sea también querido; 3) que el efecto bueno especifique la acción o, por lo menos, no dependa del malo como de su causa inmediata y necesaria; si de la acción se siguiera primeramente el efecto malo y de éste el bueno, los efectos malo y bueno estarían en relación de medio a fin, y nuevamente se procedería por el falso principio de que el fin justifica los medios; debe, por consiguiente, darse simultaneidad en la producción de ambos efectos; 4) que el daño producido por el efecto malo no supere el bien pretendido con esa acción o, en otros términos, para permitir el efecto malo debe darse una causa proporcionalmente grave" (ibídem, págs. 391-392).

Entre los ejemplos de esta situación de "efecto secundario no deseado", Basso menciona casos de desprendimiento de placenta, con hemorragias intensas en la madre. Si su vida está en peligro, "es moralmente lícito tratar de contener esa hemorragia por taponamiento o terapéutica médica, aun cuando se prevea la inducción de un parto prematuro o la misma muerte del feto por otra causa. Aquí realmente se aplica el principio del doble efecto: el buen efecto directamente intentado es cohibir la hemorragia por medios lícitos; el mal efecto, la muerte del feto, no se busca directamente, aunque esté prevista como efecto secundario probable, si no cierto, del intento" (ibídem, pág. 395). También señala el caso de hemorragias iniciadas por un embarazo ectópico que devengan en un cuadro abdominal grave, siendo lícita la intervención del tocólogo para cohibir las hemorragias. En cambio, considera que en las enfermedades cardíacas, "ni en los casos generales, ni en los particulares, el aborto soluciona nada" (ibídem, pág. 385).

2

El aborto no es una práctica médica ni un derecho

Hecha esta importante distinción, conviene recordar que el aborto no es una práctica médica ni es un derecho que se puede solicitar. El aborto es siempre una conducta jurídicamente disvaliosa, pues consiste en la eliminación deliberada de un niño por nacer. Dice el juez Pettigiani en su voto contrario al aborto: "si lo que se reclama es la autorización para incurrir en una conducta que prima facie encuadraría en un tipo penal, dicha anuencia no puede otorgarse por ningún magistrado en razón de que éste no puede conceder licencia para delinquir, por lo que la misma deviene de realización imposible". El doctor Negri dirá: "No hay norma en el derecho argentino que me autorice, como juez, a disponer la muerte de esta persona. Ni aun para salvar, eventualmente, a otra".

Adviértase que el art. 86 del cód. penal funciona en caso de "aborto practicado". Es decir, el Código Penal actúa luego de ocurridos los hechos y nunca antes, pues ello supondría transformar el aborto en una suerte de derecho subjetivo. El mismo doctor de Lázzari, quien vota a favor del aborto, reconoce este hecho cuando afirma: "en el código se preceptúa que, en caso de llevarse a cabo un aborto, por un profesional de la medicina, con el consentimiento de la mujer, con la finalidad de evitar un daño cierto para su salud o integridad y siempre que no hubiere otro medio idóneo para lograr el mismo fin, las conductas interesadas no serán objeto de punición. En el caso que se nos plantea, el hecho aún no se ha consumado y ello es suficiente para descartar la posibilidad de aplicar la norma citada, al menos en un sentido estricto, pues de otro modo lo que se

está haciendo es un reduccionismo o simplificación del problema mediante la alteración de sus presupuestos".

Esta finalidad de transformar el aborto en un derecho subyace en varios de los votos de los jueces. En uno de esos votos incluso se formula una "regla" a aplicar en estos casos, que transforma la norma del art. 86: en lugar de ser el aborto un delito no punible, se convierte en un supuesto derecho subjetivo regulado en una norma concreta. Esta forma de proceder no es nueva, pues en Brasil la campaña en pro de la legalización del aborto se inicia a partir de una reglamentación sobre abortos no punibles y en nuestro país existen algunos proyectos de ley, tanto en el Congreso Nacional como en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en este sentido.

3

Sobre la aplicación del art. 86

El fallo se asienta en la aplicación del inc. 1º del párr. 2º del art. 86. Pero la lectura del mismo permite afirmar que existen dudas en algunos jueces sobre la inminencia del peligro para la vida de la madre. La misma sentencia reconoce que no conoce el estado actual de la madre y se fundamenta en los primeros informes médicos. Lo dice el doctor de Lázzari: "ante las especialísimas características que reúne el caso no estamos hoy en condiciones absolutas de sostener que subsisten exactamente las mismas bases, el mismo estado que se tuvo a la vista en aquel momento. En el tiempo -por más corto que haya sido-que ha insumido este proceso pueden haberse generado circunstancias que de alguna manera difieran de las existentes en el momento cronológico en que el fallo naciera y que aconsejen temperamento diverso". Por otra parte, el defensor alega que no le permitieron aportar las pruebas necesarias para demostrar el real estado de salud de la madre y la no aplicabilidad del art. 86 del cód. penal.

La gravedad del bien en juego, la vida de un ser humano, obliga a extremar los recaudos para identificar formas de posibilitar la sobrevida del niño por nacer fuera del seno materno. Desde el inicio en el juicio se dio por supuesto que era imposible inducir el parto y salvar al niño. En este sentido, el mismo art. 86 prescribe que el aborto debió ser hecho como último recurso, dado que el peligro para la vida o la salud no puede "ser evitado por otros medios".

Además, el aborto de por sí tiene riesgos serios para la propia salud de la madre. Podemos citar a la Academia Nacional de Medicina en su declaración del 28 de julio de 1994: "También se utiliza para promover el aborto legalizado, la mayor morbimortalidad materna del aborto clandestino. Se debe puntualizar que, si bien la morbimortalidad materna es mayor en estos últimos, no es exclusivo de ellos, pues el daño es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo". En el fallo del doctor Pettigiani se afirma: "las prácticas abortivas (por aspiración, por legrado, por inducción de contracciones, cesárea o inyecciones intraamnióticas), más allá del resultado mortal y de la crueldad que suponen para la vida del feto, no aseguran de modo alguno, como claramente se señala a fs. 6, estar 'exentas de complicaciones y riesgos, incluyendo las eventuales complicaciones anestésicas'".

4

Inconstitucionalidad sobreviniente

Analizando el art. 86 en sí mismo, sin perjuicio de reiterar que consideramos que no es aplicable, creemos que se configura respecto a esta norma lo que se conoce como inconstitucionalidad sobreviniente. En efecto, como reconocen varios jueces, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, y la

misma Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reconocen que la vida humana, y por ende la persona humana, comienza en el momento de la concepción, y que desde ese momento tiene derecho a la vida. La incorporación expresa de estas normas al texto constitucional es el resultado de la reforma constitucional de 1994, de modo que el Código Penal, en la redacción del art. 86 analizada, deviene inconstitucional, por vulnerar las normas citadas. En especial, cabe citar el art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (aprobada por ley 23.849 [EDLA, 1990-203]): "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

Se advierte claramente cómo la norma del Código Penal entra en colisión con las disposiciones constitucionales que protegen la vida del niño y ello conlleva inclinarse por la supremacía del texto constitucional.

Por otra parte, como bien señala el doctor Pettigiani, aun cuando se considere que no existe tal inconstitucionalidad, "cuando los Pactos aluden a que los Estados partes deben adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades en ellos consagrados (v. gr. art. 2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos y su par del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en cuanto referencia medidas de otro carácter diferentes de las leyes, se advierte claramente la inclusión de sentencias". Por ello, las disposiciones de los Tratados son de aplicación directa e ineludible en autos.

A la luz de las distinciones hechas con anterioridad sobre el aborto que se produce como efecto indirecto no deseado, cabría concluir que en tanto el art. 86, párr. 2º, inc. 1º se aplique en intervenciones de médicos diplomados que tuvieron como finalidad directa la curación de la madre, estando en peligro inminente su vida, y no existiendo otras formas de evitar tal peligro, y se produjere un aborto en forma indirecta, se puede mantener la validez de la no punibilidad.

Pero si el art. 86, párr. 2º, inc. 1º se aplica a intervenciones directamente abortivas, es decir, que consisten en acciones dirigidas a provocar deliberadamente la muerte del niño por nacer, se concluye su inconstitucionalidad por ser contrario al derecho natural a la vida, reconocido en los diversos tratados internacionales de Derechos Humanos. Éste es el caso de autos.

5

Conclusión

La persona humana debe estar en el centro del interés social, político y judicial. Ello supone un respeto absoluto por su vida, de tal forma que la vida de ninguno quede a merced de la decisión del Estado. Dramáticamente, el caso analizado vulnera este principio fundamental y autoriza la muerte de una persona. Estas decisiones sientan peligrosos precedentes que van minando la convivencia social y dejando a la persona más vulnerable. No es éste el camino para una sociedad más humana, donde la vida de todos sea valorada y promovida.

voces: persona - bioética - delitos contra la vida

(1) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El derecho a la vida: Las ideas de Ronald Dworkin sobre el aborto y la eutanasia, por Ezequiel Coquet, ED, 176-957; Sobre el aborto, por Abelardo F. Rossi, ED, 179-995; Aborto,

secreto y argumentación jurídica judicial, por Eduardo Roberto Sodero, ED, 179-192; Superación de "Natividad Frías": Luces y sombras de un discutido fallo (Aborto, secreto, proceso: Causa "Insaurralde", CS de Santa Fe), por Héctor Hernández, ED, 186-1321; Una pena (reflexiones acerca del delito de aborto), por Javier Anzoategui, ED, 185-1108; El estatuto jurídico del embrión. La solución argentina, por Rodolfo C. Barra, ED, 187-1516; Aborto y orden jurídico, por Jorge Scala, ED, 189-642; Abortismo pretoriano (Observaciones. Primera parte) por Héctor Hernández, ED, 189-815; Abortismo pretoriano (Observaciones. Segunda parte), por Héctor Hernández, ED, 189-866; Abortismo pretoriano (Observaciones. Tercera parte), por Héctor Hernández, ED, 190-589; Abortismo pretoriano (Observaciones. Cuarta parte), por Héctor Hernández, ED, 190-625; Decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre derechos reproductivos. Cronología desde 1965 hasta 1997, por Liliana A. Matozzo de Romualdi, ED, 190-847; Juicio político al aborto, por Francisco Arias Pelerano, ED, 194-831; El feto, el aborto y el homicidio en la legislación penal argentina, por Vicente E. Andereggen, ED, 194-839; La comercialización de medicamentos de efectos abortivos y la obligación del Estado de preservar la vida del por nacer, por Rodolfo C. Barra, ED, 197-591; Mortalidad materna por abortos, por Carlos Abel Ray, ED, 200-971; Aborto, Preservativos y Sida, por Consorcio de Médicos Católicos de Buenos Aires, ED, 211-943; El derecho penal frente al crimen del aborto, por Siro M. A. De Martini, DEPc, 1; Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?, por Daniel A. Herrera, DEPc, 1; El aborto eugenésico: una discriminación insubsistente, por Eduardo Godesido DEPc, 1; Anencefalia, el valor de un testimonio, por Marcelo Serantes, Eduardo Godesido DEPc.