

ANÁLISIS ARGUMENTAL
DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL CASO
“T.S. C/. GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES”

Por Silvia Guadalupe Catinot¹

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la argumentación que realiza el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (“TSCABA”) en el caso “T.S. c/. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”².

A continuación, se analizan los principales argumentos vertidos por el TSCABA, respecto del requerimiento efectuado por la peticionante.

2. Antecedentes del fallo “T.S. c/. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”

La señora S.T. inició -ante la justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad- acción de amparo contra el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, por violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida, materializado en la negativa del Hospital a realizarle una inducción al parto. Concretamente, solicitó que se procediera a inducirle el parto o, eventualmente, a practicarle la intervención quirúrgica de cesárea, fijándose un plazo perentorio para el cumplimiento.

La amparista fundó su petición en que, como consecuencia de la realización de una ecografía, un médico del Hospital le comunicó que el feto no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia). Al enterarse de ese dictamen médico, le pidió a profesionales del mencionado Hospital que le realizaran un parto inducido. Ante la respuesta negativa -pues se le contestó que era imprescindible una orden judicial-, efectuó la petición por escrito al director del Hospital, quien tampoco accedió a lo reclamado.

Además de sostener que la negativa de las autoridades hospitalarias lesiona sus derechos a la vida, salud e integridad -consagrados en tratados internacionales, la constituciones nacional y local y en la legislación local-, la Sra. S.T. refiere al carácter terriblemente trágico de la situación, así como el

¹ Abogada (Univ. de Buenos Aires) y Contadora Pública Nacional (Univ. Nac. del Litoral). Especialista en Tributación (Univ. Nac. de Entre Ríos) y en Derecho Tributario Internacional (Univ. de Barcelona). Doctoranda en el área “Derecho Fiscal” en la Facultad de Derecho (Univ. de Buenos Aires). Admitida en el Programa de Impuestos Internacionales (ITP), *Harvard Law School, Harvard University* (2002 y 2003). Profesora de grado en la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires. Profesora de grado en la carrera de contador en la Facultad de Ciencias Económicas de la Univ. del Museo Social (2009 y 2010). Profesora de posgrado en la Carrera de Especialización Tributaria en la Escuela de Negocios de la Univ de Belgrano. Autora de artículos sobre la especialidad tributaria. Co-autora del libro “El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales”, Editorial La Ley S.A. (2000). Disertante en diversos congresos, seminarios y jornadas sobre la especialidad. Miembro del Estudio Silvia Catinot & Asociados.

² Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “T.S. c/. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 26/12/2000.

sufrimiento y el daño psíquico que viene padeciendo la amparista y su grupo familiar, al encontrarse expuestos a una situación altamente traumática para cada uno de ellos.

En primera instancia, la fiscalía N° 1 ante el fuero, en su dictamen, postuló la competencia de la justicia contenciosoadministrativa y tributaria local para entender en el amparo. El Asesor Tutelar también sostuvo la competencia de la justicia contenciosoadministrativa y tributaria local y solicitó el rechazo "in limine" de la acción, pues entendió que se trataba de un caso de eutanasia involuntaria y que aquello que la amparista solicitaba era la realización de una práctica abortiva³. La jueza interviniente se declaró incompetente, decisión que es recurrida por la fiscalía y la asesoría tutelar.

La sala I de la Cámara revocó la declaración de incompetencia y dispuso la realización de una audiencia, a la que asistieron la amparista, su cónyuge y sus letrados patrocinantes, el Subdirector del Hospital Dr. Illía -quien aclaró que comparecía en su calidad de médico obstetra, con especialidad en embarazos de alto riesgo- y el Asesor Tutelar. Conforme surge del Acta y ante las preguntas efectuadas por los miembros del Tribunal y por el Asesor Tutelar, el Dr. Illía expresó, en lo esencial, "que 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, menos de 12 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, remedando 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 características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de sobrevida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría". Agregó que "Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca 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". Con respecto a la salud de la madre y "En orden al daño psicológico, concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura". El Asesor Tutelar ratifica lo ya dicho en su dictamen, enfatiza que el Código Civil no exige la viabilidad de la persona para considerarla tal, solicita que el expediente sea devuelto a primera instancia y que se corra traslado al Gobierno de la Ciudad. La señora T., por su parte, expone la situación que está viviendo y el sufrimiento que padecen tanto ella como su familia.

³ Sostuvo que dicha petición no tenía sustento legal, que a contrario encontraba serio impedimento en las normas que fulminan con la ilicitud a la conducta por la cual se solicita la orden judicial. Agregó que aún cuando la actora entendía que lo que estaba pidiendo era una autorización para cumplir con una conducta especialmente despenalizada, no hacía falta autorización judicial alguna, porque la conducta quedaría desincriminada luego de cometida, con la eventual intervención posterior del juez penal.

La Cámara, por mayoría, decidió que el amparo sea sustanciado en dicha instancia y le requirió a la demandada el informe previsto en la ley 16.986, art. 8°. El Gobierno de la Ciudad adjuntó un informe producido por el Director del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá. El Director del Hospital, doctor Argento, entiende que se solicita "la realización de actos médicos tendientes a lograr la interrupción del embarazo que cursa la señora S.T.", ante lo cual considera "que dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado". No obstante, aclara "que de así decidirlo el órgano jurisdiccional competente, este Hospital no tendría inconveniente en realizar el acto médico de interrupción del embarazo".

El Asesor Tutelar, ante la decisión de la Cámara de tramitar el amparo en dicha instancia, interpuso recurso de inconstitucionalidad y, ante su denegación, recurso de queja ante el Tribunal Superior. Éste, recalificando el recurso en los términos del inc. 4°, art. 113, CCBA y del inc. 7°, art. 26, ley 7, remitió las actuaciones al juzgado de primera instancia a fin de que resuelva el amparo y, a la vez, fijó plazos acordes a la urgencia del caso para la tramitación de los recursos, si los hubiera. La titular del juzgado de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario N° 7-, rechazó la acción de amparo. Para así resolver entendió que lo peticionado es una interrupción de embarazo en los términos del art. 86, inc. 1°, del Cód. Penal⁴, pues de lo contrario se estaría solicitando una autorización para delinquir. Agrega que "si efectivamente se verificaran las condiciones para considerar que se trata de una interrupción de embarazo desincriminada por la ley penal, ninguna autorización judicial se requeriría para tal fin". Sin embargo, concluye que, de acuerdo a las constancias de la causa, no se ha demostrado el daño a la salud de la madre exigida por la citada cláusula del Cód. Penal.

La sala I de la Cámara rechazó, por mayoría, el recurso de apelación deducido por la amparista y, por ende, confirmó la sentencia apelada. Frente a la anterior decisión, la señora S.T. interpuso recurso de inconstitucionalidad, el que fue contestado tanto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como por el Asesor Tutelar, y concedido por la Cámara.

La recurrente funda su recurso en el derecho a la salud (art. 20, CCBA), en la protección integral de la familia (art. 37, CCBA) y alega la arbitrariedad de la sentencia de la Cámara. También refiere el error en que incurrió uno de los votos de la mayoría, al afirmarse que el recurso de apelación se intentó fundar en el art. 86, segunda parte, del Cód. Penal, pues la terrible situación que padece debe ser "mirada a la luz de mi derecho a la salud, como así también, de la protección de mi familia en su conjunto". El Gobierno de la Ciudad se remite al dictamen oportunamente adjuntado y sostiene que la recurrente, por insuficiencia de fundamentación, no ha satisfecho

⁴ El art. 86 del Código Penal establece que "Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° 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. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto."

adecuadamente los requisitos exigidos por la ley 402 para considerar admisible el recurso de inconstitucionalidad. El Asesor Tutelar, por su parte, solicita que se admita el recurso de inconstitucionalidad únicamente en cuanto a la controversia en la interpretación del derecho de salud de la madre en relación con el derecho a la vida de la persona por nacer (punto 6 de su petitorio; fs. 155) y, en lo relativo al fondo, reitera en lo sustancial los argumentos ya vertidos en sus anteriores presentaciones. La sala I de la Cámara, al conceder el recurso, entiende que se encuentran en discusión derechos de rango constitucional y, en cuanto a la alegada arbitrariedad de su sentencia, si bien no comparte la calificación efectuada, considera que la denegación del recurso comprometería los derechos de defensa en juicio y de acceso a la jurisdicción en tiempo útil del amparista. El Asesor Tutelar General, en su dictamen, luego de sostener que no se ha articulado con debida precisión un caso constitucional, se remite en lo fundamental a lo expuesto por el Asesor Tutelar. El Fiscal General, en su dictamen, entiende que hay una disyuntiva entre los derechos de la madre y el hijo por nacer, debiendo privilegiarse los de este último.

El 26/10/2000 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por mayoría, resolvió:

(i) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución apelada y, en consecuencia, admitir la acción de amparo instaurada por S.T. contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires;

(ii) 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 S.T. El Hospital deberá informar al Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario el resultado de la intervención médica dentro de las 24 horas de realizada. Si existiera alguna razón médica que impida la interrupción del parto deberá ser comunicada, dentro de las 24 hs., al Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario competente, por el Director o Subdirector del Hospital o quien los reemplace legalmente. La autorización otorgada para la intervención médica se extiende a los profesionales médicos del Hospital mencionado o a aquéllos que determine la Dirección del Hospital o el Gobierno de la Ciudad Autónoma. La intervención autorizada se realizará conforme con las normas y protocolos médicos correspondientes, con las reglas de la lex artis, y según el criterio que determine el equipo terapéutico responsable, el cual deberá actuar en todo momento y dentro de los límites de lo posible, desde el punto de vista técnico-médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria (arts. 14 bis, 19, 33, 43, 75, inciso 22 y 23, de la Constitución Nacional y concordantes de la CCBA);

(iii) Disponer que, de existir objeción de conciencia fundada de algún médico o no médico del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá", deberá ser respetada, pero es deber del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Dirección del Hospital y de su personal jerárquico disponer los reemplazos o sustituciones que correspondan de manera inmediata y con carácter urgente.

(iv) La actora deberá conocer, entender y consentir actualizadamente la intervención solicitada, circunstancia que se hará constar en su Historia

Clínica, previo a la intervención médica dispuesta (conf. art. 21, CCBA y ley 418). A tal fin, el Hospital dará información y asistencia técnico-médica a la actora en forma comprensible para ella.

La decisión el Tribunal Superior es sumamente valiosa, puesto que por una mayoría de cuatro votos contra uno en disidencia, hacen lugar a la acción de amparo y otorga la autorización para la inducción al parto. Con posterioridad, esta decisión es reafirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN") en el fallo de fecha 1/11/2001⁵, en el que se votó favorablemente la decisión por una mayoría de cinco votos (Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Bossert -según su voto-), y tres en disidencia Nazareno, Boggiano y Petracchi, quien no se pronuncia en contra de la resolución del T.S de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que declara inadmisibile el recurso.

2. Principales argumentos del fallo "T.S. c/. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"

Seguidamente se analizan los principales argumentos a mi criterio del fallo en cuestión:

2.1. Argumentos del voto del juez Maier.

El Dr. Maier afirma que "Todo el amparo constitucional se asienta sobre la afirmación de su derecho, en conjunto con su marido, a decidir la práctica de un parto prematuro -diagnosticada como solución médica: inducción del parto o cesárea-, con invocación precisa de su derecho fundamental, y el de su familia, a la salud, comprendida también como salud síquica...".

"Esa argumentación básica se ha mantenido durante todo el proceso constitucional directo, con mención de diferentes reglas de la CCBA (fundamentalmente, arts. 14, 20 y 37), de la CN y de diferentes convenciones internacionales incorporadas a ella, hasta culminar en este recurso, razón por la cual no cabe, frente al caso, rechazar el recurso por inadmisibilidad formal, acudiendo a su falta de fundamentación, a su escasa fundamentación o a motivación introducida en el recurso, como lo pretenden el Gobierno de la Ciudad y el Asesor de incapaces...".

"El caso representa, desde su iniciación, una confrontación directa entre la decisión de los padres acerca de la interrupción del embarazo, aconsejada o prevista médicamente, y el cúmulo de reglas constitucionales y reglamentarias comunes que pretenden dilucidar el conflicto entre la vida de una persona por nacer, pre- o posparto".

Respecto de los argumentos expuestos precedentemente, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

⁵ CSJN, "T.S. c/. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", 01/11/2001.

En primer término, cabe destacar que el análisis efectuado por el Dr. Maier se focalizó en determinar si la cuestión planteada por la Sra. S.T. se trataba de un aborto o de un parto prematuro permitido, pues se dirige directamente al nacimiento con vida de un niño inviable.

Al respecto, el Dr. Maier descarta la existencia de aborto en el presente caso. Explica que -siguiendo la doctrina penal argentina-, para que un caso pueda ser calificado como aborto deben concurrir tres elementos objetivos que son:

a. La indispensable existencia de un feto vivo.

b. Es necesario que la acción signifique una interrupción del embarazo, o, de otra manera, que signifique evitar la manera de parir natural de una mujer, para conceder a la definición el máximo de extensión posible, y, de alguna manera, anticipar el momento en el que se produce el alumbramiento.

c. El resultado de muerte ordinariamente del feto, intrauterinamente (expulsión de restos), en ocasiones de una persona viva que muere en razón de la expulsión prematura.

Considerando los elementos mencionados, el magistrado concluye que en el caso planteado en autos se verifica la existencia de los elementos mencionados en a. y b. precedentes, pero no el indicado en el punto c. anterior. En otras palabras, hay un feto vivo (punto a.) y la acción peticionada por la Sra. S.T. consiste en la interrupción del embarazo o la anticipación del momento en el que se producirá el alumbramiento -con prescindencia de las buenas o malas razones que la Sra. S.T y su esposo pudieran tener para requerir la autorización mencionada (punto b.). Sin embargo, el resultado de muerte ordinariamente del feto, intrauterinamente (expulsión de restos), en ocasiones de una persona viva que muere en razón de la expulsión prematura no se verifica (punto c.).

Nótese que la muerte debe ser el producto de la expulsión prematura; circunstancia que no se producirá en el caso; más teniendo en cuenta la manifestación vertida por el Dr. Illía en la audiencia, en cuanto que "En ningún caso un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de sobrevivir extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría." Ésta parece ser una decisión más fuerte penalmente que aquella de la expulsión anticipada, pues se trata de omitir todo auxilio a un ser vivo, en situación de desamparo e incapaz de valerse por sí mismo.

De esta manera, concluye que la inducción de un parto o la práctica de una intervención quirúrgica de cesárea con el fin de provocar el alumbramiento de un niño inviable -anencéfalo- no es un aborto, pues no se persigue como resultado la muerte, elemento objetivo esencial del delito. Su muerte se producirá de todas maneras, porque la persona por nacer es inviable al ser incapaz por sí mismo de vida externa.

En segundo término, cabe mencionar que en el voto del Dr. Maier se señala que por salud de la madre no se puede entender hoy tan sólo el

perjuicio físico visible o detectable, sino que -tal como surge de la Constitución de la CABA (art. 20, I)-, ésta comprende también aquellos daños psíquicos que pueden derivar para su salud de la afectación de otros miembros de su familia (cónyuge, hijos). La sentencia recurrida, sin desconocer por completo la afectación psíquica -afirmada en el caso- rechaza la justificación de la interrupción del embarazo por considerar que aquello que fue demostrado no constituye un grave daño de esa naturaleza en comparación con la vida del niño por nacer.

De esta forma, se concluye que el derecho a la salud de la madre -en el caso, se trata de otorgar autorización para la inducción del parto de un niño por nacer inviable- comprende no sólo el perjuicio físico visible o detectable sino también aquellos daños psíquicos y quizás orgánicos, aunque no se perciban sensorialmente y, en tanto integra una familia, aquellos que puedan derivar de la afectación a hijos y cónyuge.

En tercer término, cabe destacar el argumento que refiere al principio de autodeterminación procreativa de los padres, esto es, la decisión de ellos, originada en el diagnóstico médico debidamente informado y la indicación consiguiente. "Un derecho que emana de la forma republicana de gobierno (CN, art. 28), en tanto el Estado de Derecho reconoce que ciertas decisiones pertenecen al ámbito privado o individual de las personas (CN, art. 19, II), garantizado tanto por la Constitución Nacional como por la Constitución de la CABA (CCBA, 37)".

Sobre el particular, cabe traer a colación lo sostenido por la Corte Suprema de los EE.UU. en los casos "Roe v. Wade" [410 US 113] y "Doe v. Bolton" [410 US 179]). Dicho Tribunal acudió a ese derecho, que denomina derecho a la privacidad, para decidir acerca de ciertas etapas del embarazo en las cuales dominan la decisión de los padres y el consejo médico, que las diversas leyes de los Estados particulares que integran la Unión no pueden desconocer o restringir con la exigencia de requisitos extremos de verificación médica. Si bien la Corte no desconoce el interés del Estado en proteger la vida fetal o de la persona futura, puesta de frente al largo proceso fetal, reconoce momentos en los cuales la indicación médica y la decisión responsable de los padres domina el conflicto que se plantea entre dos vidas.

El criterio expuesto podría resultar también aplicable a situaciones extremas, como las que este caso analizado. En efecto, si la decisión sólo implica el nacimiento prematuro de un feto destinado irremediabilmente a la muerte, al menos según los conocimientos médicos actuales -y, por ello, no se le prestará auxilio neonatal-, y si, además, la vida que terminará es sólo una vida vegetativa, sin posibilidad alguna de sobrevivida autónoma, tanto es así que, por las características biológicas de la anencefalia, se pone en duda la existencia de vida humana, la decisión autónoma de los padres debería prevalecer, al menos ante fenómenos irremediables y que no podemos explicar o, mejor dicho, definir ciertamente los extraños, ni siquiera auxiliados por los conocimientos científicos.

Nótese que, tanto el Dr. Maier como la Dra. Ruiz -tal como se verá más adelante-, en sus razonamientos parten de un presupuesto implícito no cuestionado u objetado que refiere a que las malformaciones que pudiera tener el feto, así como también el hecho de carecer de viabilidad extrauterina, no alteran el concepto de persona por nacer, en los términos y con los alcances establecidos en el Cód. Civil. En efecto, en este caso el comienzo de la vida no es materia de debate, porque estamos hablando de un feto que se encuentra en el seno materno, vale decir que comprende tanto el concepto restringido de persona que enuncia el Código Civil, al entender que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, como el concepto amplio que enuncia las Convenciones incorporada a nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), en las que se dice que “ toda persona tiene derecho a que se respete su vida ...a partir del momento de la concepción...”.

2.2. Argumentos del voto de la jueza Ruiz.

A los efectos de analizar la cuestión planteada, la Dra. Ruiz se focaliza en determinar, en primer término, la existencia de contraposición entre el derecho de la madre a la salud y a la protección integral de la familia, y el derecho a la vida de la persona por nacer, concluyendo que no habría oposición alguna de estos derechos, toda vez que el diagnóstico médico establece que la anticipación del parto -en el caso, de un feto anencéfalo- por inducción o por cesárea no limita las posibilidades de supervivencia de la persona por nacer. Siendo ello así, considerando que el feto es inviable, que la madre no persigue su muerte a través del anticipo del parto y que el nacimiento a esta altura de la gestación no incidiría en su supervivencia, entiende que no habría conflicto de derechos ni de intereses entre la madre y el feto. En consecuencia, sostiene que resulta legítimo el pedido de la actora.

Dado que la petición de la Sra. S.T. es legítima, la conducta del hospital no revestiría idéntico carácter. A este respecto, la magistrada expresa que “... la conducta del hospital público es ilegítima y discriminatoria, que viola derechos fundamentales de la actora (el derecho a la salud y a la protección integral de la familia), que la tutela de los derechos constitucionales mencionados no menoscaba o desconoce otros derechos ni garantías, que la disposición médica a efectuar un parto prematuro o la autorización judicial para que se lo lleve a cabo no colisiona con prohibición alguna del ordenamiento positivo y que, por fin, el caso impone una resolución inmediata por el agravamiento continuado del daño que padece la recurrente.”

En primer lugar, cabe señalar que la Dra. Ruiz exalta los derechos femeninos plasmados especialmente en la C.N. y en la CCABA, destacando que los mismos tienen fundamento en tratados internacionales con jerarquía constitucional, especialmente en lo referente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12). Respecto del derecho local y su adecuación a los tratados internacionales suscriptos por la Argentina con jerarquía

constitucional, destaca que “Más aún, la ley local se adecua a lo prescripto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) que establece el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12).” Arribado a esta instancia, plantea el siguiente interrogante “¿Es posible que, S.T. pueda alcanzar "el más alto nivel posible de salud física y psíquica" acorde a las circunstancias en las que se encuentra, sin que se haga lugar a su petición?”

Nótese que la Dra. Ruiz adhiere a los argumentos expuestos por el Dr. Maier referidos a que en el presente caso la acción peticionada por la Sra. S.T. no está destinada a provocar la muerte del feto, sino a anticipar el alumbramiento.

Desde su perspectiva, el tema del aborto queda excluido del caso, razón por la cual resultaría superfluo y carente de sentido el análisis de cualquier aspecto que tuviera o pudiera tener vinculación con el aborto terapéutico. En tal sentido remarca que “... S.T. no pide autorización para la realización de una acción prohibida, ni priva al feto que lleva en su vientre de ningún derecho actual o futuro. Pide, en cambio, ser reconocida como un sujeto autónomo y conciente que padece la privación de derechos de los que goza, como persona plenamente capaz que es.”

En segundo lugar, sin perjuicio de sostener la inexistencia de delito (aborto) en el caso analizado y de contraposición entre el derecho de la madre a la salud y a la protección integral de la familia, y el derecho a la vida de la persona por nacer, introduce un argumento adicional tendiente a debilitar o contrarrestar cualquier fundamentación que se sustentó en los derechos que le cabrían a la persona por nacer contemplados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En este sentido, plantea que si se pretendiera sostener el goce de los derechos y garantías allí previstas respecto de la persona por nacer, también debería contemplarse la situación de la hija de la Sra. S.T., la que su entender no habría provocado actuación alguna por parte del Asesor Tutelar. La niña también requiere de protección jurisdiccional, con apoyo en dicha convención internacional, señalando que “No es difícil advertir que su futuro está ya severamente afectado y que podría estarlo mucho más si se prolongara el embarazo de su madre. Aquí "el interés superior del niño" es una guía que los jueces no podemos dejar de lado y que ressignifica y amplía la necesidad de garantizar la protección integral de la familia (art. 14 bis Constitución Nacional, y art. 37, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires) y la del derecho a la salud (art. 20, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires).”

En tercer lugar, cabe traer a colación las expresiones efectuadas respecto de la Sra. S.T. y su estado psíquico y físico. Al respecto, la Dra. Ruiz expresa que “...El caso que nos ocupa, paradigmáticamente, nunca hubiera llegado a un Tribunal, sin "la invención de las ecografías y diagnósticos por imagen. No se puede soslayar que con anterioridad a la realización de ecografías en mujeres embarazadas, éste era un caso más de un embarazo normal, en el cual, en el momento del alumbramiento, el niño fallecía con gran dolor de sus

progenitores", como recuerda la doctora Weinberg de Roca, en su voto en disidencia del fallo recurrido." Seguidamente, expone el retrato de la Sra. S.T. Asimismo, señala que "El derecho a la salud y a su preservación se vinculan estrechamente con el derecho a la dignidad" (...) "Para preservar el derecho a la salud de [S.T.] es necesario tener en cuenta que se trata de una mujer embarazada de 35 años, casada desde 1987, con una hija de 12 años, que sabe que el feto que lleva en su vientre no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana. Y que ha recibido información verbal y escrita, en lo relativo al proceso de gestación, las patologías y la viabilidad nula del feto fuera del ámbito intrauterino, el carácter del diagnóstico, y los riesgos y pronósticos del parto."

A mayor abundamiento, remarca las manifestaciones efectuadas por la peticionante en la acción de amparo y en la audiencia convocada por la sala I de la Cámara. En la primera oportunidad, refieren a que "el mundo pareció derrumbarse en apenas cinco minutos, todos en cuanto nuestros sueños e ilusiones se desvanecieron para darle lugar al más profundo dolor que jamás hubiésemos sentido. A partir de ese instante nos encontramos siendo los protagonistas de una terrible tragedia, sin saber qué hacer con tanto sufrimiento ni cómo enfrentar a Silvina con esta angustiante verdad" (...) "que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte". En la segunda oportunidad, se vinculan al sufrimiento de toda la familia, "que no ha podido hablarlo con sus familiares, no puede salir de su casa porque todos le traen regalos para el bebé, le acarician la panza y se vuelve una situación difícil. Siente todo el tiempo al bebé y sabe que se va a morir. Hace diez años que estaba ilusionada con otro hijo, su hija se lo pide y por razones de bajo peso no pudo quedar embarazada. Ahora quedó embarazada y no sabe cómo seguir. No son tres meses sino todos los días. Tanto a ella como a su familia les pasan muchas cosas. No puede olvidarse de esto, está en su cuerpo, se mueve, no sabe por qué se mueve, lo siente todo el tiempo y para ella es muy doloroso lo que está pasando".

Como puede apreciarse de la lectura de los párrafos precedentes, la Dra. Ruiz también introduce el argumento emotivo, apelando a los sentimientos y sensibilidad de los terceros. Sin embargo, en mi opinión, incurre en una falacia ad misericordiam, al argumentar a favor de la mayoría. Ello por cuanto apela a la piedad para conseguir que se acepte su posición, enfatizando en el estado de mortificación, dolor y angustia en que está sumida la Sra. S.T. y su familia, y mostrando a los lectores de la sentencia -a través de la incorporación del retrato de la peticionante- el estado y deterioro físico en que se encuentra a esa fecha. En mi opinión, el retrato de la Sra. S.T. -en el texto de la sentencia- fue introducido como un recurso no verbal de la argumentación, con la finalidad de reforzar los componentes del discurso argumentativo de la magistrada.

En cuarto término, resulta importante resaltar que la magistrada descalifica cualquier argumentación en contrario, expresando que "Sostener la ausencia de peligro en la salud de S.T. o que no existe ya un proceso de daño psíquico sería tanto como decir que las circunstancias por las que atraviesa

son las normales en un embarazo. Nadie ubicado en el lugar de la actora estaría exento de sufrimientos y dolor profundos. La actora vive una tragedia, y la tragedia tiene la particularidad de representarnos a todos.” (El subrayado me pertenece)

Considero que la introducción por parte de la Dra. Ruiz del argumento transcrito arriba -de carácter afectivo u emotivo- tuvo por finalidad lograr la identificación de todos los terceros ajenos a la causa. La identificación es el proceso afectivo de unión por una corriente de simpatía y constituye el núcleo del vínculo afectivo. La identificación es la resultante de un doble proceso simultáneo: la introyección y la proyección. La introyección es un proceso psicológico por el que se hacen propios rasgos, conductas u otros fragmentos del mundo que nos rodea y puede definirse como la puesta en sí del otro. El proceso de retroyección puede definirse como la puesta de sí en el otro. En mi opinión, las expresiones “Nadie ubicado en el lugar de la actora” y “la tragedia tiene la particularidad de representarnos a todos” parecerían estar orientadas a que cada uno de nosotros nos involucremos en el estado, las emociones, las sensaciones y el sufrimiento de la Sra. S.T. adhiramos al temperamento sostenido por la Dra. Ruiz.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar que la Dra. Ruiz rechaza expresamente el análisis de la cuestión -y, por ende, cualquier argumentación o fundamentación- desde el punto de vista ético, moral, religioso y del derecho. De esta manera, la Dra. Ruiz vota por hacer lugar al amparo interpuesto.

2.3. Argumentos del voto de la jueza Conde.

De la lectura del voto de la Dra. Conde, se desprende que su argumentación se focaliza de manera especial en la bioética, señalando que para la solución del caso deben evaluarse los siguientes tres principios bioéticos (i) Autonomía o permiso; (ii) Beneficencia-no maleficencia, y (iii) Justicia.

El principio de autonomía o permiso se refiere al derecho de las personas a ejercer su libertad de acción y de elección. Se funda en el respeto a la persona humana como fin en sí mismo y sujeto moral por su autodeterminación. Al respecto, la Dra. Conde considera que se ha verificado que la Sra. S.T. ha requerido el adelanto del parto desde que tomara conocimiento de la patología fatal e irreversible de la criatura, petición compartida por su esposo y lo reafirmó en la audiencia celebrada ante los jueces de la Cámara. Su deseo es consciente y manifiesto.

El principio de beneficencia-no maleficencia responde al fin primario de la medicina. Se centra en promover el bien para el paciente y evitar el mal. Según manifestara el director del comité de bioética del Hospital Sardá, este principio significa "Beneficencia respecto de aquello que contempla el mejor interés de la paciente con relación a su salud, entendiendo la misma como un estado de completo bienestar bio-psico-social, no tiene objeciones a su pedido".

Por su parte, el principio de justicia se refiere a la igualdad en los tratamientos y a la distribución equitativa de los recursos, teniendo en cuenta el respeto a la vida y a la proporcionalidad de las actuaciones.

En relación a los principios bioéticos comentados, la Dra. Conde sostiene que dichos principios "... resultan comunes -aunque con su impronta propia- al derecho argentino. El de beneficencia se relaciona, básicamente, con la promoción del "bienestar general" a la que se alude en el Preámbulo de la Constitución Nacional y con el derecho a la preservación de la salud contemplado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), así como con la protección del usuario de los servicios de salud (art. 42, Constitución Nacional); el de autonomía, con la protección de la dignidad humana, el respeto a la libertad, a la intimidad y a la privacidad y la salvaguarda de las conductas autorreferentes de disposición del propio cuerpo, comprendidas en el art. 19 de la Constitución Nacional, como el rechazo a un tratamiento médico; el de no maleficencia late en numerosas normas jurídicas, como el art. 1109 del Cód. Civil y el de justicia es propiamente jurídico"

2.4. Argumentos del voto de la juez Muñoz.

El Dr. Muñoz -además de coincidir con sus colegas en varias de sus reflexiones-, aporta a la sentencia, el carácter ilegal y arbitrario de la exigencia de autorización judicial, en los siguientes términos "Cualquiera sea la calificación que se le diera a la interrupción del embarazo (parto prematuro o aborto terapéutico), la negativa del hospital a practicar el acto médico sin previa autorización judicial resulta ilegal y arbitraria. Lo primero, pues la ley no exige ese recaudo para la realización de un parto prematuro. Menos aún para la concreción de un aborto terapéutico. Lo segundo, pues resulta contradictorio con los antecedentes con que el propio hospital contaba respecto al riesgo para la salud psíquica de la peticionante"

Concretamente, el Dr. Muñoz plantea la contradicción que parece derivarse del procedimiento elegido, señalando que "De lo dicho se pueden extraer dos conclusiones: (i) que el daño psicológico afecta la salud de la peticionante y la de su familia de modo tal que la interrupción del embarazo estaría legalmente justificada; (ii) que no la afecta en grado suficiente para proceder al aborto terapéutico por lo cual realizarlo implicaría la comisión de un delito."Agrega, asimismo, que "Si la conclusión fuera la primera la interrupción del embarazo o el aborto ya se podría haber efectuado sin ningún obstáculo legal. Si fuera la segunda bastaría la afirmación médica en tal sentido para que la interrupción configurara un delito."

Siendo ello así, "... ocurre que, en los hechos, la actitud de los médicos intervinientes fue bastante más ambigua. En lugar de elegir por una u otra alternativa optaron por un camino intermedio: le indicaron a la paciente que solicitara autorización judicial para interrumpir su embarazo. El procedimiento elegido aparece como contradictorio y sorprendente porque: o la autorización

sugerida era innecesaria o, en caso contrario, se estaba instigando a la actora a pedir que se autorizara a cometer un delito.”

De esta forma, el Dr. Muñoz concluye que la negativa del hospital a interrumpir el embarazo en caso de un feto anencéfalo sin previa autorización judicial es ilegal y arbitraria, ya sea que se denomine al acto como parto prematuro o aborto terapéutico, toda vez que la ley no exige ese recaudo para la realización de un parto prematuro ni para un aborto terapéutico, y es contradictoria con los antecedentes relativos al riesgo para la salud psíquica de la madre.

Asimismo, el magistrado comparte los argumentos del Dr. Maier respecto de los aspectos penales y coincide con él en que en este caso no se debate una cuestión vinculada con el aborto sino con la figura del parto prematuro. Asimismo, remarca que “a) según las manifestaciones del Dr. Illía, Subdirector del Hospital Sardá, vertidas en la audiencia “la interrupción del embarazo anterior a las veinte semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de veintiséis semanas. Actualmente se trataría de un parto inmaduro y a partir de la semana veintiocho sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado” (...) b) en el caso no existe intención de truncar la vida del feto sino de que éste nazca. Su posterior e irremediable muerte no se producirá ni estará agravada por el parto prematuro sino por otras causas: su carácter de anencefálico y la ya anunciada falta de auxilio médico a partir del nacimiento se produzca éste ahora o después.”

De esta manera, el Dra. Muñoz vota por hacer lugar al amparo interpuesto, revocar la sentencia apelada y autorizar a la Dirección del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” para que proceda a inducir el parto o eventualmente practicar la intervención quirúrgica necesaria debiendo informar el resultado del acto médico o las razones que impidan la interrupción del embarazo.

2.5. Argumentos del voto de la juez Casás.

El Dr. Casás votó en disidencia, concluyendo que correspondía -a su parecer- confirmar la sentencia recurrida, en función de los argumentos que se comentan a continuación.

El magistrado señala que corresponde efectuar el análisis de varios aspectos, siendo el primero la definición por el Tribunal de la calificación de las pretensiones incoadas. Sobre este punto, considera que “el núcleo conceptual de la cuestión se ciñe a resolver si la prestación médica demandada debe ser calificada como “aborto”.”

De su voto surge que: “El aborto requiere de una mujer grávida, de un feto vivo y de una interrupción prematura del embarazo que produzca la muerte del feto. Ello sentado, tengo para mí que más allá de la particular enfermedad que afecta a la criatura en gestación -carencia de calota craneana y masa encefálica, es decir anencefalia-, la anticipación del alumbramiento, ya sea por

inducción al parto, ya por una intervención quirúrgica de cesárea prematura, conducirá a la inmediata muerte postnatal del feto si no naciera muerto -esto es al aborto-, en tanto esta criatura sólo tiene asegurada vida intrauterina, limitada a las próximas semanas en que todavía puede permanecer en el vientre de la madre. En consecuencia, tal acción médica se habrá de convertir de modo directo e inmediato en el antecedente causal que precipite la muerte del "nasciturus", dicho ello sin perjuicio que la causa material pueda ser reservada, a tenor de los asertos médicos, a la enfermedad que la criatura padece. Todo ello marca con nitidez la clara diferencia entre que se mate al feto "artificialmente" o muera "naturalmente", más allá de la fugaz temporalidad de la anticipación de su deceso". (El subrayado me pertenece)

Asimismo, efectúa el siguiente razonamiento "En el caso particular que se analiza sabemos que el adelantamiento del parto traerá como consecuencia necesaria la muerte del niño a las pocas horas de su nacimiento debido a su anencefalia. También hay certeza de que lo mismo ocurriría si nace a término. Entonces cabe la pregunta sobre cual es la diferencia si de todos modos un niño anencefálico nunca podría vivir más de doce horas fuera del seno materno. Opino que la distinción radica en que, de continuar el embarazo, el feto, en cuanto persona, vivirá unos meses más y, conforme al marco normativo señalado, ese tiempo de vida intrauterina está garantizado como derecho a la vida". (El subrayado es mío)

En primer término, cabe destacar que el análisis efectuado por el Dr. Casás se focaliza -en primer término- en dilucidar si la prestación médica demandada debe ser calificada como aborto. A diferencia del temperamento vertido por el Dr. Maier en el voto comentado, considera que la inducción del parto o la práctica de una intervención quirúrgica de cesárea con el fin de provocar el alumbramiento prematuro configurarían un aborto. Dicha conclusión la fundamenta de la siguiente manera: la anticipación del alumbramiento, ya sea por inducción al parto, ya por una intervención quirúrgica de cesárea prematura, conducirá a la inmediata muerte postnatal del feto si no naciera muerto -esto es al aborto-, en tanto esta criatura sólo tiene asegurada vida intrauterina, limitada a las próximas semanas en que todavía puede permanecer en el vientre de la madre. De este modo, esta acción médica se convertiría de modo directo e inmediato en el antecedente causal que precipite la muerte del "nasciturus", sin perjuicio que la causa material pueda ser reservada, a tenor de los asertos médicos, a la enfermedad que la criatura padece.

Sobre el particular, considero oportuno efectuar las siguientes reflexiones. En primer lugar, la argumentación efectuada por el Dr. Casás podría adolecer de cierta inconsistencia. Si la prestación médica solicitada por la Sra. S.T. configurara un aborto -con las consecuencias penales que ello implica- sobre la base de que esta acción produciría la inmediata muerte postnatal del feto si no naciera muerto, en tanto la criatura sólo tiene asegurada vida intrauterina, limitada a las próximas semanas en que todavía puede permanecer en el vientre de la madre, podría llevar a concluir -de manera irrazonable- que la Sra. S.T. y los médicos debieran arbitrar todas las medidas, acciones y

recursos médicos y tecnológicos para que el feto pueda permanecer sin solución de continuidad en el vientre de su madre, la Sra. S.T.. Esto evitaría que acaeciera el “aborto” a que alude el Dr. Casás, y además, el tiempo -todos los meses y días- que el feto se mantenga en el vientre de la madre -con vida intrauterina- estarían garantizados como derecho a la vida. ¿Siendo ello así, porqué no prolongar su estadía intrauterina lo más que se pueda?

En segundo lugar, considero que es posible advertir que el magistrado utiliza en su argumentación palabras que contienen un marcado contenido emotivo. El uso de esta técnica discursiva podría generar que ciertos lectores de la sentencia terminen apoyando la postura defendida por el juez meramente por las emociones que éste les ha transmitido a través de la narración, y por la representación que éstos puedan hacer de la situación analizada. Concretamente, me refiero a la referencia de “criatura” o “niño” de la persona por nacer o feto vivo. Entiendo que, en principio, ningún lector de la sentencia estaría de acuerdo en matar a un “niño” o una “criatura”, más aún cuando estas palabras permitan representar a una persona menor de edad y con vida fuera del vientre de su madre. Seguramente, hubiera resultado más atinado que el Dr. Casás denominara a lo largo de sus argumentaciones a la persona por nacer o feto vivo como tal, no dando lugar al lector para que presuponga o se represente una persona nacida con vida y que se encuentra fuera del seno materno. Nótese que el hecho de que la persona por nacer sea referida con palabras que puedan tener un carácter emotivo podría viciar el juicio de los lectores de su voto, pudiendo verse tentados a apoyar sus argumentos por la terminología utilizada más que por los fundamentos expuestos.

Posteriormente, el Dr. Casás remarca la prioridad jerárquica que siempre se ha asignado al derecho a la vida frente a otros derechos humanos receptados y protegidos en todo Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho, señalando pronunciamientos de nuestro Máximo Tribunal, así como también la previsión contenida en art. 4 de la "Convención sobre los Derechos del Niño".

En este contexto, cuenta varias historias que se verificaron en el marco de la Convención Nacional Constituyente, celebrada en 1994. De manera, incidental -según informa- al tratarse el Orden del Día N° 14, referente al dictamen de la Comisión de Redacción sobre la armonización y actualización de los artículos relativos a las atribuciones del Congreso y del Presidente de la Nación, y en particular la constitucionalización de tratados internacionales sobre Derechos Humanos, se abordó el tema del aborto y del derecho a la vida de las personas por nacer. Señala que “Así se escucharon fundadas exposiciones de las cuales quisiera traer a cuento una, que a pesar de provenir de una legisladora, la señora María A. Pitte de Landa, integrante de la bancada de un partido fundado por un general con actuación en la negra página de la historia argentina escrita por la última dictadura militar, recibió la aprobación de los concurrentes al debate, siendo interrumpida por sucesivos aplausos en tres ocasiones, los cuales también cerraron su

disertación que se refirió a algunos supuestos de aborto eugenésico o teratológico." (El subrayado me pertenece).

Seguidamente, el Dr. Casás transcribe los tres casos que fueran comentados por la citada senadora, de la siguiente manera: "Voy a compartir con ustedes ahora tres pequeñas historias de tres grandes historias. En 1880 nació en Estados Unidos Hellen Adams Keller, ciega, sorda y muda. Pudo no vivir, pero los médicos, los padres, los abuelos, la familia, los amigos y un medio ambiente positivo así se lo permitieron. En 1902 se doctoraba en filosofía y en ciencia. Todos sabemos que la vida es un teclado de posibilidades. A Hellen Keller le parecía vedado, pero quedó una sola tecla y ella supo hacer con ella una magnífica sinfonía que fue un canto de esperanza y de alabanza a Dios. Fue una de las más grandes escritoras norteamericanas y le pertenecen 'Historia de mi vida', 'Optimismo', 'El mundo por dentro' y 'Fuera de las tinieblas'.

Antes de avanzar en la transcripción de los casos, considero conveniente efectuar los siguientes comentarios. En primer lugar, cabe señalar que la legisladora -a cuya exposición remite el magistrado- parecería no ser una persona especializada en cuestiones como la tratada en autos, más aún cuando los aspectos más destacados por el Dr. Casás de su persona son (i) ser integrante de la bancada de un partido fundado por un general con actuación en la negra página de la historia argentina escrita por la última dictadura militar, y no obstante ello, pensar y exponer de manera destacable como parece haberlo hecho en el evento señalado; y (ii) haber recibido la aprobación de los concurrentes al debate y ser interrumpida por sucesivos aplausos en tres ocasiones.

En segundo lugar, efectúa una referencia de carácter político, al presentar a la legisladora María A. Pitte de Landa, aludiendo a que es integrante de la bancada de un partido fundado por un general con actuación en la negra página de la historia argentina escrita por la última dictadura militar. Ahora bien, me pregunto ¿qué agrega esta calificación a la cuestión que se debate en autos? ¿Podría omitirse o el magistrado necesitaba tomar una postura política respecto de los actores de la última dictadura militar?

En tercer lugar, y en relación a la historia de la Sra. Hellen Adams Keller, considero que el Dr. Casás ha pretendido efectuar una argumentación analógica, tomando como casos de comparación el narrado y el de autos. Desde ya, la analogía entre dichos casos no merecería el menor análisis. Comparar -y más aún igualar o equiparar- el estado físico y psíquico y las vivencias de una persona que ha padecido de ceguera, sordera y mudez, así como también las de su familia, con condiciones y cualidades de un feto anencefálico que sólo tendría asegurada vida intrauterina, así como también con los sentimientos y vivencias de la Sra. S.T. y su familia, parecerían desconocer lisa y llanamente los aspectos más sensibles y relevantes del caso bajo análisis. Incluso, esta comparabilidad no contempla la violencia que puede generar en la peticionante y su familia, así como los terceros lectores de la sentencia.

Por si esto fuera poco, se transcribe un segundo caso, de la siguiente forma "Ahora los invito a que nos traslademos a la Facultad de Medicina de París, Francia, donde había un famoso médico, Philip Leyer, alrededor de quien los alumnos se agrupaban para escucharlo porque no sólo era una eminencia sino un pozo de ciencia y verdad. El presentó el siguiente caso para que aquéllos hicieran un diagnóstico. La historia clínica era la siguiente: Padre tuberculoso, madre con muy mala salud, tres abortos, tienen un hijo ciego, otro sordo y un tercero con serias deficiencias mentales. '¿Qué consejo médico darían?' Les preguntó. Al unísono contestaron: ¡Que aborte! Entonces Leyer se levantó y les dijo: 'Señores, acaban ustedes de matar a Beethoven'". "-Aplausos".

En esta instancia, remito a las consideraciones vertidas precedentemente. Sin perjuicio de ello, estimo oportuno señalar que el Dr. Casás incurre -a mi criterio- en una falacia ad populum, al introducir la narración de esta historia en particular. Ello por cuanto, la mención expresa de los aplausos y la referencia a que durante la exposición efectuada por la Sra. María A. Pitte de Landa fue interrumpida por sucesivos aplausos en tres ocasiones, pareciera estar dirigida a generar un llamado emocional a la sociedad y el público lector en general, con el propósito de obtener su asentimiento. Parece que pretende ganar el asentimiento popular para que su posición despierte las pasiones y el entusiasmo de la multitud.

La tercera historia es la siguiente: "Ahora los invito a que me acompañen al presente. Esta es una historia que he vivido de cerca. El caso es el siguiente. Madre primeriza, padre médico de gran prestigio, católicos militantes. En la primera tomografía la realidad es tremenda. El niño es anencéfalo. No necesito comentarles cuál era el futuro de ese niño. El médico va a visitar a un teólogo. El teólogo le dice: Déjeme hablar con su señora. Así fue, hablaron y hablaron y el resultado fue que el bebé iba a nacer. Todos sabían que la cuna que amorosamente lo esperaba no lo iba a cobijar mucho tiempo. Y el bebé nació. Se lo bautizó. ¿Pero saben con qué premisa? Arreglaron con el teólogo, con los médicos y de común acuerdo con los padres que los órganos del bebé iban a ser donados. El bebé nació, lo acunaron un tiempo, lo bautizaron y ese Ángel volvió a la casa del Señor. Dos bebés recibieron sus órganos. Pasó mucho tiempo. Un día en el consultorio se le presentó un matrimonio mayor con un bebé y le dijeron: 'Doctor, los padres de este niño acaban de fallecer en un accidente automovilístico. Este es nuestro nieto. Pero es su hijo también, doctor, porque tiene los órganos del bebé que se fue al cielo el día que donó sus órganos'". "-Aplausos..."

Con esta historia, a diferencia de lo sucedido con las anteriores, el Dr. Casás introduce la argumentación ética y religiosa para fundar su posición respecto del objeto de autos. De esta manera, hace alusión a las cuestiones éticas y al derecho natural, señalando que "La situación de dolor, angustia y padecimiento que de seguro experimenta la madre actora en estas actuaciones -y la familia en su conjunto- me han afligido profundamente al redactar y fundar este voto, ya que resulta a menudo aparentemente desproporcionado

pretender de terceros, en la sencillez de su vida cotidiana, la asunción de actitudes heroicas en nombre de la defensa de valores constitucionales cuando, frente a los mismos, pocos pueden estar seguros de poder acatar con ejemplaridad los mandatos legales o los imperativos éticos de cada quien, sobre todo si les toca en su hora atravesar una situación semejante a la que se ventila en autos. De todos modos la vida, como derecho natural y constitucional -tutelada incluso como bien jurídico por el Libro Segundo, Título 1°, Capítulo 1° del Cód. Penal-, es acreedora de los mayores sacrificios.”

Considerando los fundamentos expuestos, el magistrado arriba a la conclusión de que (i) la anticipación del alumbramiento, ya sea por inducción del parto o por cesárea prematura, de un feto inviable -en el caso, por padecer anencefalia- debe reputarse aborto en tanto conduce a la inmediata muerte postnatal del feto si no naciera muerto, quien tiene asegurada vida intrauterina durante las semanas que puede permanecer en el vientre de la madre; y (ii) que la tensión entre la protección del niño con vida sólo intrauterina y la salud de la madre afectada por los consiguientes padecimientos psíquicos debe resolverse a favor de la supervivencia del primero máxime cuando no se advierten peligros físicos para la madre mayores a los de todo parto hasta el nacimiento.