

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 27 de junio de 2005, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Roncoroni, Pettigiani, de Lázzari, Soria, Kogan, Negri, Sal Llargués, Piombo**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 95.464, "C. P. d. P. , A. K. . Autorización".

A N T E C E D E N T E S

La actora, por sí y en representación de su hijos menores, requirió -en lo que aquí interesa- autorización judicial para interrumpir su embarazo 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 con alto riesgo de morbilidad materno fetal. Adjuntó las certificaciones médicas correspondientes de los servicios de obstetricia y cardiología del hospital público donde se asiste que así lo aconseja.

El Tribunal de Familia n° 2 de Lomas de Zamora mantuvo la decisión de la Juez de Trámite, quien -como medida autosatisfactiva- declaró que se encuentran facultados los

profesionales correspondientes para realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la peticionante.

Contra dicha decisión el Asesor de Incapaces n° 2 interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en tanto que el titular de la Unidad de Defensa n° 1 dedujo recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, ambos funcionarios -del Departamento Judicial citado- en representación de la persona por nacer.

Oído la señora Procuradora General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad de fs. 216 vta./217 vta.?

Caso negativo:

2ª) ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley de fs. 210/216 vta?

3ª) ¿Lo es el de fs. 204/208?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. El apelante, tutor **ad litem** de la persona por nacer, sostiene que el tribunal de grado omitió el

tratamiento de cuestiones que -a su entender- revisten la condición de esenciales para la solución de la litis.

En tal sentido, alega que el sentenciante no se pronunció respecto de sus agravios, vinculados con la violación al derecho de protección del estado de la persona por nacer, al derecho de expresión, al derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, todos ellos de raigambre constitucional.

Asimismo, cuestiona la tramitación del presente como una medida autosatisfactiva, en la inteligencia que no se reúnen en la especie los recaudos para su procedencia, con lo cual se ha violado el derecho de defensa de su representado.

II. El recurso no puede prosperar.

Ello así, pues las alegaciones del interesado se encuentran referidas a supuestos errores de juzgamiento, los que -como reiteradamente ha sostenido esta Corte- resultan ajenos al presente carril de impugnación extraordinario (conf. causas Ac. 77.233, I. del 23-II-2000; Ac. 85.922, I. del 3-III-2004; Ac. 91.959, I. del 3-II-2005; Ac. 91.519, I. del 9-II-2005; entre otras).

Sin perjuicio de ello, debo señalar que el planteo relacionado con la protección de la persona por nacer fue expresamente abordado por el tribunal **a quo** (ver a fs. 196 vta./197), aunque en sentido adverso al pretendido por el

apelante (conf. causas Ac. 83.720, sent. del 3-III-2005; Ac. 87.664, sent. del 6-IV-2005; entre otras).

En consecuencia, voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

Las críticas que se exponen para fundar este recurso se refieren a la falta de consideración de argumentos de derecho que en su momento expuso el mencionado funcionario, a lo que él califica como la inequidad de la sentencia, y a la aplicación de un procedimiento que, afirma, no está autorizado por norma alguna.

En tal sentido, sostiene el recurrente que la sentencia desconoció los derechos del por nacer (fs. 216 vta.) y que desvirtuó los planteos de nulidad interpuestos por la parte (fs. 217). Asimismo, apunta que no se daban en el caso los presupuestos que, según los autores que cita, habilitan el tipo de trámite impuesto en la causa (fs. 217-218).

Como se comprueba con esta enumeración, las objeciones se refieren a supuestos defectos que son ajenos a los previstos en los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia.

Voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Adhiero al voto de mi distinguido colega doctor Genoud y doy el mío por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

Adhiero a los votos precedentes, agregando por mi parte las consideraciones que siguen.

I. El Tribunal de Familia N° 2 de Lomas de Zamora, mediante pronunciamiento dictado el 7 de junio de este año, dispuso mantener la decisión de la señora Juez de trámite que declarara que se encuentran facultados los profesionales correspondientes para realizar la práctica médica mas adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la demandante, cuya gestacion lleva más de doce semanas, conforme las reglas de la **lex artis**.

II. El señor Defensor Oficial designado como tutor ad litem del nasciturus, doctor Jorge Axel Nacher, deduce recurso extraordinario de nulidad invocando omisión de tratamiento de cuestión esencial en los términos del art. 168 de la Constitución provincial.

Señala el impugnante, en primer lugar, que los agravios referenciados en los puntos d, e y f (fs. 211 vta./212), que oportunamente se llevaran a conocimiento del tribunal a través del recurso de reconsideración, no fueron tratados en el resolutorio en crisis.

Expresa que el **a quo** ha omitido considerar la

violación al derecho de protección del estado de la persona por nacer (arts. 12 y 36 de la Const. provincial), de expresión (art. 12, CIDN), al acceso a la justicia (art. 15, Const. provincial) y al debido proceso (arts. 13, 20, 24, 37 y conc. del CIDN). A ello debe sumarse que se ha omitido considerar el derecho a la vida que porta el nasciturus, quien -desde su óptica- ha sido tratado como un objeto a quien ni siquiera se le ha dado la posibilidad de defensa.

El recurrente aduce, en segundo lugar, que también se ha omitido abordar el planteo de nulidad de la resolución de la jueza de trámite por defectos formales, que fuera interpuesto en los términos del art. 253 de la ley ritual. Afirma que la sentencia del tribunal no trató "... en la parte resolutoria planteos -como las excepciones previas y la nulidad denunciada oportunamente en el conteste de la demanda-, las que sólo fueron referidas en los considerandos y por haber invertido el proceso lógico al haber analizado el tribunal un recurso de reconsideración sobre el tipo de trámite en forma posterior a la sentencia de la misma..." (vid. fs. 217).

Por último, el quejoso sostiene que en cuanto al trámite de medida autosatisfactiva que se le dio a la pretensión incoada, y frente a la inexistencia de fuente normativa en la que apoyarse, oportunamente señaló que

debían respetarse adecuadamente los dos recaudos fácticos exigidos por la doctrina: por un lado, que el derecho o interés del postulante deba aparecer prima facie como cierto, manifiesto y suficientemente probado, y por el otro lado que el peligro de frustración actual o inminente deba provenir de conductas que importen ostensibles vías de hecho y cuya cesación inmediata es el único interés del peticionante (ver fs. 217 **in fine**/217 vta.). Este segundo aspecto de los recaudos necesarios no fue evaluado en la decisión impugnada lo que aparejaría -en su parecer- una nueva violación al derecho de defensa de la persona por nacer.

III. Coincido con la señora Procuradora General en punto a que el recurso impetrado no puede progresar.

1. El primero de los embates se cimenta en la omisión de tratamiento de ciertos agravios vertidos en el recurso de reconsideración, vinculados con la desnaturalización del derecho de defensa del nasciturus, a la luz de cómo se desarrolló el trámite de estas actuaciones. Según el recurrente ello provocó una lesión a los derechos de protección del estado de la persona por nacer (arts. 12 y 36 de la Const. provincial), de expresión (art. 12, CIDN), al acceso a la justicia (art. 15, Const. provincial) y al debido proceso (arts. 13, 20, 24, 37 y conc. del CIDN).

Sin embargo observo en el voto del Juez Imperiale -que

en este aspecto ha sido homologados por los doctores Almeida y Vicente- que se ha dado tratamiento a lo que se dice preterido. Así se afirmó que "... Repárese en que en nada se ha violado el derecho de defensa por la circunstancia de que el Tribunal -dada la premura del caso-, produjera material probatorio con intervención del Sr. Asesor de Incapaces del niño en gestación y del de sus hermanos menores y -posteriormente- diera intervención al tutor del primero para que se expida respecto de las pruebas producidas..." (vid., fs. 195 **in fine**). El mérito, alcance o profundidad de lo decidido sólo es recurrible por medio del recurso de inaplicabilidad de ley, también articulado por el impugnante (vid., e/o, Ac. 56.599, sent. del 23-II-1999; Ac. 76.130, sent. del 13-XII-2000; Ac. 71.119, sent. del 16-V-2001; Ac. 78.452, sent. del 19-II-2002; Ac. 81.621, sent. del 24-IX-2003; Ac. 84.270, sent. del 8-VI-2005; etc.).

2. El planteo esgrimido en segundo lugar se relaciona con la omisión del Tribunal de abordar el planteo de nulidad de la resolución de la jueza de trámite por defectos formales, que fuera interpuesto en los términos del art. 253 de la ley ritual.

Empero si recurrimos nuevamente a las comprobaciones del acto sentencial vislumbramos que a fs. 194 vta., primer párrafo, se ha considerado la temática que se dice

soslayada. En ese tramo del fallo se señala: "... Por otra parte creo que la sentencia explica con claridad la causa de la aplicación analógica de las normas procesales para acortar el tiempo de tramitación, no existiendo perjuicio que permita declarar la nulidad de lo actuado (art. 172 Cód. Proc.)...". En sintonía idéntica a la expuesta en el numeral anterior cabe sostener que la vía idónea para cuestionar la fundabilidad de la pretensión, es decir, el acierto o desacierto de lo decidido es la que también interpusiera el impugnante.

3. Finalmente cabe expedirse respecto del tema llevado en reconsideración consistente en la forma en que debía procederse para adecuar el trámite encarrilado como medida autosatisfactiva y los recaudos necesarios para la validez de este tipo de procedimiento. Desde su parecer, a falta de marco normativo explícito, era menester consultar los requisitos básicos que la doctrina había considerado imprescindibles. Justamente uno de ellos -el de la existencia de una vía de hecho contraria al derecho- no se tuvo en cuenta en el pronunciamiento, deduciendo que ello significaría la omisión de una cuestión esencial.

En mi convicción no resulta necesario establecer si el **a quo** ha dado o no tratamiento a esta cuestión, ya que el recurrente no ha demostrado la esencialidad de la cuestión que se dice preterida. Veamos.

Reconoce la Defensa Oficial que las medidas autosatisfactivas no cuentan con un marco legal que reglamente la observancia de los recaudos que deben tenerse presentes para su trámite, más se queja de la carencia de una de las bases fácticas que la doctrina habría perfilado para garantizar la adecuada implementación de la medida postulada. Amén que no se ha explicitado en el recurso a que doctrina o tratadista se refiere cuando caracteriza los elementos imprescindibles para la adecuación del trámite, el impugnante no toma en cuenta que no todo agravio o queja encaja en el concepto de cuestión esencial. Es doctrina inveterada del Tribunal que son cuestiones esenciales aquellas que conforman la estructura de la traba de la litis y el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la solución del litigio y no cualquiera que las partes consideren tales (*cfe., e/o, Ac. 66.486, sent. del 26-X-1999; Ac. 67.891, sent. del 22-III-2000; etc.*) ya que los argumentos de hecho o de derecho en que las partes sustenten sus pretensiones no revisten el carácter de cuestión esencial, ello es así ya que la obligación de tratar la totalidad de las cuestiones esenciales no conlleva la de seguir a las partes en todas sus argumentaciones (*cfe. mi voto en Ac. 84.270, sent. del 8-VI-2005*).

IV. De acuerdo a lo brevemente expuesto, considero que

el recurso extraordinario de nulidad debe ser rechazado al no patentizarse en autos la omisión de tratamiento de las cuestiones que se dicen esenciales (art. 168, Const. provincial).

Voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Adhiero a los votos que anteceden y anticipo el mío por la negativa.

1. El Tribunal de Familia n° 2 de Lomas de Zamora resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de reconsideración interpuesto por el señor Defensor Oficial a cargo de la Unidad de Defensa Civil n° 1 departamental, en su carácter de tutor **ad litem** de la persona «por nacer» -al cual adhiriera el señor Asesor de Incapaces del «nasciturus»- contra la sentencia de fs. 152/162, en cuanto dispuso que consideraba de ejecución inmediata el pronunciamiento dictado. Asimismo, declaró abstracto el tratamiento de la medida de «no innovar» pedida por el representante del «por nacer».

En lo restante, mantuvo la decisión de la jueza de trámite, por la que, acogiendo el pedido de la actora, declaró que los profesionales correspondientes se encuentran facultados para realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la

nombrada, conforme a las reglas de la **lex artis** y autorizó la ligadura tubaria también solicitada a fs. 128/133 vta., a realizarse en oportunidad y según el criterio que determine el equipo terapéutico tratante de acuerdo al estado de salud de la paciente en cuestión. Dispuso, asimismo, que de mediar objeción de conciencia fundada de algún profesional médico o no médico del Hospital, ésta deberá ser respetada (fs. 192/200 vta.; integrada con fs. 152/162).

2. El tutor **ad litem** del **nasciturus** impugna la sentencia del Tribunal de Familia por medio de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley (fs. 210/218), concedidos a fs. 219 y vta.

Por lo que se refiere al primero de ellos, ahora abordado, denuncia la infracción de los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial (fs. 217 vta.). En particular, expresa que "... los agravios referenciados en los puntos d, e y f del presente escrito, que oportunamente se interpusieron ante el tribunal a través del recurso de reconsideración contemplado por el art. 852 del CPCC, no se han tratado a través del resolutorio" (fs. cit.). Tras lo que sostiene que el **a quo** no ha dado debido tratamiento al planteo vinculado con la violación del derecho a la vida de la persona por nacer (art. 6 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, entre otros), a la protección del

estado (arts. 12 y 36 de la Const. prov.), al acceso a la justicia (art. 15, Const. prov.), el derecho a la expresión (art. 12, CIDN), el derecho de defensa (art. 18, C.N.) y al debido proceso (arts. 13, 20, 24, 37 y conc. de la CIDN cit.), que surgirían del pronunciamiento oportunamente cuestionado.

Además, refiere que la sentencia "omite considerar el planteo de nulidad de la resolución de la jueza de trámite por defectos formales", al no haber tratado las excepciones y planteos previos formulados en la contestación de demanda (fs. 217, punto 3).

Por último, se agravia porque el Tribunal de Familia halló reunidos los requisitos necesarios para tramitar la petición como «medida autosatisfactiva», en tanto descarta que se estuviera ante un derecho o interés del postulante que pudiera ser tenido **prima facie** como cierto, manifiesto y suficientemente probado y que el peligro de frustración actual o inminente proviniera de conductas que importen ostensiblemente vías de hecho y cuya cesación inmediata fuera el único interés del peticionante (fs. 217 y vta., punto 4).

3. La impugnación no puede prosperar.

a. Los defectos que a criterio del recurrente refleja el trámite del proceso suscitan un asunto que, en principio, no franquea la esfera de la revisión intentada,

por lo que no corresponde su consideración (conf. Ac. 86.142, sent. de 17-XII-2003). No es viable el tratamiento por medio del recurso extraordinario de nulidad de los presuntos errores de procedimiento anteriores a la sentencia, pues la funcionalidad del remedio indicado estriba en la reparación de vicios formales del fallo ajenos a los errores de juzgamiento, no ya para corregir falencias verificables en el *iter* preparatorio (doct. Ac. 49.612, sent. de 17-VIII-1993; Ac. 88.593, sent. de 9-X-2003; Ac. 81.105, sent. de 1-IV-2004; L. 86.589, sent. de 27-IV-2004; entre muchos otros).

b. En lo atinente a la omisión de cuestiones esenciales argüida por el tutor «ad litem», un doble orden de motivos impide su consideración favorable.

En primer lugar, el reproche, correctamente ponderado, versa sobre el modo en que tales cuestiones fueron resueltas por el sentenciante. Así, por ejemplo, el **a quo** ha abordado de manera expresa, el punto relativo a la protección del «por nacer», aunque, como es evidente, lo hizo en un sentido adverso a la pretensión del recurrente. Discurrir acerca de la profundidad o el acierto con que lo hizo el órgano jurisdiccional de grado resulta extraño a la vía intentada (conf. Ac. 60.399, sent. de 21-IV-1998; Ac. 69.057, sent. de 20-X-1998; Ac. 84.075, sent. de 1-IX-2004; Ac. 78.041, sent. de 15-XII-2004; Ac. 87.803, sent. de

23-II-2005; Ac. 87.664, sent. de 6-IV-2005, entre otras).

En segundo término, las consideraciones atinentes al derecho a ser oído y a la defensa en juicio tampoco son abordables en el marco propuesto por el impugnante, dado que se refieren a supuestos errores **in iudicando**, cuyo espacio de revisión es el de la vía del recurso de inaplicabilidad de ley (conf. Ac. 82.956, I. 17-IV-2002; Ac. 86.661, I. 19-III-2003; Ac. 87.356, I. 25-II-2004; Ac. 88.488, I. 22-IX-2004; L. 84.904. sent. de 1-III-2004, entre otros).

c. Finalmente, la infracción del art. 171 de la Constitución provincial aducida deviene inatendible. Tal como ha sido formulada luce desprovista de argumentos que la sustenten. Y además, es fácil constatar que la sentencia se encuentra fundada en ley.

Por ello, se rechaza el recurso intentado (art. 298, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero al voto del doctor Genoud por sus mismos fundamentos.

Voto por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Tal como lo señala el doctor Genoud en su voto y lo reafirman los señores jueces que me preceden, este recurso no puede prosperar.

Las alegaciones que en él se hacen se encuentran referidas a supuestos errores de juzgamiento, los que son tratados en la siguiente cuestión.

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Sal Llargués y Piombo**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron la primera cuestión también por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. 1. La doctora Silvina M. Bardelli, Defensor Oficial adjunto de la Unidad Funcional de Defensa Civil n° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, presenta demanda con el objeto de obtener una autorización judicial para interrumpir el embarazo y realizar una ligadura tubaria a la señora A. K. C. P. d. P. (ver a fs. 128/133).

2. La Juez de Trámite del Tribunal de Familia n° 2 de dicho Departamento Judicial, dispuso la intervención del equipo técnico del mismo a fin de evaluar la capacidad en la toma de decisión de la peticionante y, a su vez, citó a los médicos que suscribieron los certificados acompañados con el escrito de demanda que aconsejan la petición (ver a

fs. 134/135). De ello anotició a los Señores Asesores de Menores, uno por sus hijos y el otro por el **nasciturus**.

3. Se celebró la pertinente audiencia con los citados facultativos y se agregó el informe psiquiátrico-psicológico requerido (ver a fs. 139/143).

4. De la prueba rendida en autos se dio vista a las partes por el término de cinco días (ver a fs. 144) y, advirtiéndose posteriormente la existencia de intereses contrapuestos entre la persona por nacer y su progenitora, se nombró al primero el correspondiente tutor **ad litem** -a fin de asumir la representación de sus intereses- a quien se le otorgó un plazo de 72 horas para expedirse (ver a fs. 145).

5. El nombrado interpone recurso, excepción previa, plantea nulidad y ofrece prueba (ver a fs. 146/151).

6. La Juez de Trámite dictó sentencia acogiendo la demanda y, en el mismo acto, decide que "puesta en situación de encarrilar procesalmente la pretensión deducida en autos,... nos encontramos frente a una medida autosatisfactiva" (ver a fs. 152/162).

7. El representante **ad litem** dedujo recurso de reconsideración y solicitó una medida de no innovar. De esto se le corrió traslado a las partes (ver a fs. 166/188).

8. El tribunal -en pleno- hizo lugar parcialmente al

recurso interpuesto en cuanto a que aquel pronunciamiento dispuso que es de ejecución inmediata, y mantuvo en lo restante la resolución atacada (ver a fs. 192/200).

II. Contra esa decisión el señor Defensor Oficial mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denuncia violación de los arts. 11, 12, 15, 36 incs. 2° y 8°, 161 inc. 3° ap. a, 168 y 171 de la Constitución provincial; 16, 18 y 33 de la Constitución nacional; 3, 6, 24 y 37 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; 4 del Pacto de San José de Costa Rica; 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 86 inc. 1° del Código Penal; 34 inc. c), 358, 362 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial y de doctrina legal que cita.

III. En lo esencial de su queja, alega que "habiéndose declarado la contradicción, se resuelve imprimir al proceso el trámite de las medidas autosatisfactivas cuya característica más saliente es la de priorizar la eficacia y la celeridad por sobre las normas del debido proceso, a costa de la defensa en juicio...restringiendo dramáticamente la posibilidad de intervención de mi parte, resultando repudiable su aplicación cuando colisionan dos derechos constitucionales de igual estatura [...] (derecho a la vida, art. 12 C. Pcial., art. 6 CIDN)" (ver a fs. 213).

Asimismo, expresa su crítica porque "bajo el amparo del tipo de proceso dispuesto, si bien se la ha conferido al incapaz un representante específico...sólo [se] le ha permitido manifestarse, corriéndole traslado de la demanda interpuesta, pero sin permitírsele probar su posición en el proceso". (ver a fs. 214).

En tal sentido, sostiene que al no haberse producido las pruebas que ofreciera oportunamente (ver a fs. 149 vta.), se le impidió demostrar: a) que existe la posibilidad de sobrevida materno filial de continuarse el embarazo; b) el riesgo de practicar la intervención autorizada y c) la conveniencia de someter a la actora al tratamiento más apto para minimizar los demás factores de riesgo: obesidad, tabaquismo e hipertensión.

Por último, alega "que de ninguna de las probanzas realizadas en autos surge con claridad meridiana que si no se interrumpe el embarazo la señora C. P. va a fallecer, sino que sólo existe el riesgo de ello", por lo que "tampoco deviene que es necesario e indubitable que deberá optarse entre su vida y la del feto; y que el peligro no puede ser evitado por otros medios (art. 86 inc. 1º, Cód. Penal)" (ver a fs. 215).

IV. El recurso debe prosperar.

1. En forma liminar, corresponde señalar que al encontrarnos ante un proceso **sui generis**, por la

circunstancia de no existir una normativa expresa para la tramitación de la autorización judicial requerida, y a fin de evitar la frustración de una garantía constitucional, con la posibilidad cierta de afectación del derecho esencial a la vida que podría ocasionar el fallo recurrido; se impone flexibilizar los requisitos formales de admisibilidad. Ello así, por cuanto podría ser aplicable la doctrina de esta Corte que abrió su competencia estando afectados los derechos del niño y por gravedad institucional (conf. causas Ac. 87.654, "G. ", resol. del 3-XII-2003; Ac. 88.915, resol. del 29-IX-2004; Ac. 89.603, resol. del 13-X-2004). En efecto, si se obviaron ápices formales para la tutela de otros derechos, con mayor motivo debe hacérselo en el caso, ya que la vida es el supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia posible.

También debe presumirse por el hecho de la interposición de la demanda y recolección de la documental anexa, que el riesgo cierto que se discute, aunque probable, no era inminente, toda vez que esta circunstancia hubiese obligado a los médicos a resolver la situación conforme a las normas específicas que regulan su actividad y el resto del ordenamiento jurídico, sin necesidad de venia judicial alguna.

2. Los pactos internacionales contienen cláusulas

específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto, el art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Además, todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución nacional). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores prevé en su art. 70, en concordancia con su art. 63, que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido" (ver C.J.S.N., **in re** P. 709 XXVI, sent. del 5-III-2002; entre otras).

3. El Tribunal Constitucional Español en la sentencia nº 53/85 del 11-IV-1985, sostuvo que "junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la

personalidad (art. 10) y los Derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que 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.

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad".

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".

"Se trata de graves conflictos de características singulares que no pueden contemplarse desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a ellos, ni los derechos de la

mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus".

4. Se le impone a esta Corte el deber de resolver la cuestión planteada en autos, tarea que como lo expusiera el Juez Blackmun en su voto de la causa "R. vs. W. " (410 US 113, 93 S. Ct 705, 35 L. Ed. 2d. 147-1973) encaramos admitiendo "la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto (que finalmente podría producirse a resultas del recurso), la fuerte oposición entre puntos de vista diferentes, las profundas y absolutas convicciones que el tema inspira", y la influencia que -acerca de lo que se piensa sobre el aborto- ejercen "la filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la existencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores y las pautas morales que establece y procura cumplir", todo lo cual no obsta a que nuestro objetivo sea "por supuesto, resolver el tema conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias, (...) honestamente".

Además, el análisis de la cuestión planteada en la presente causa pone plenamente en juego para este Tribunal lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó en el precedente "S. y D. " ("Fallos": 302-1284), en cuanto a la necesidad de optar por una interpretación que "no se

desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos", sino que "contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos" en un caso que compromete de manera directa a este Cuerpo en su específica misión de "velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales", y lo obliga por ello a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias, a fin de evitar soluciones normativas que conduzcan a vulnerar derechos fundamentales de la persona.

Los jueces, al interpretar las leyes deben hacerlo en armonía con la totalidad del ordenamiento jurídico, "de la manera más concorde con los preceptos de la Constitución nacional" ("Fallos", 224-423; 229-456; 234-229; 304-1636), esto es, con los "principios que ella establece" ("Fallos", 251-158; 252-120; 255-360; 258-75; 277-313; 312-111; 316-2695), "evitando siempre darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" ("Fallos", 1-300; 303-578, 1041 y 1776; 304-794 y 1603; 310-195; 312-1614; entre muchos otros) y (C.C., Santa Fe, agosto, 12-1998 "I, M Aborto

provocado sobre recurso de inconstitucionalidad", en "El Derecho", 179:191).

5. En la sentencia impugnada y no obstante tales reglas, el **a quo** se limitó a plantear la solución del caso, encauzando "sorpresivamente" la demanda como medida cautelar autosatisfactiva **in audita et altera pars** (ver a fs. 154) con la consiguiente denegatoria de prueba.

Así, al recurrente se le negó la oportunidad de poder demostrar, por intermedio de un perito de la Asesoría Pericial de Tribunales, que existe la posibilidad de sobrevida materno filial de continuarse el embarazo, mediante un tratamiento alternativo apto para minimizar los factores de riesgo: obesidad, tabaquismo e hipertensión (por ej., internación previa a la práctica del aborto que garanticen la supervivencia de la madre y del feto) (ver a fs. 146/149 vta.), violando en forma evidente la garantía a la defensa en juicio (art. 18 de la C.N.).

6. 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*.

También, en las situaciones como la que se expone donde concurren distintos principios en tensión, la solución no se alcanza postulando la invalidez de algunos

principios sino que se logra apelándose al *balancing* o ponderación de los valores o bienes en juego, en las condiciones concretas en las que colisionan, prefiriendo aquellos de mayor jerarquía, aunque sin restringir los restantes más allá de lo indispensable (C.C., Santa Fe, fallo cit. **ut supra**, considerando 6°).

En esta inteligencia, no cabe duda que, sin perjuicio del proceso adjetivo que se escoja, la afectación del derecho a la vida debe ser la **ultima ratio**, luego de haberse brindado la más amplia posibilidad de defensa dentro de las circunstancias del caso. En la especie, nada impedía a que en forma sumarísima se efectuara una pericia con el debido control de las partes.

Si la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan para crear la convicción de los magistrados, la falta del pleno ejercicio de las mismas torna írrito lo actuado.

A mayor abundamiento, cabe destacar que al denegarse la intervención de un perito, se dejó a la parte solamente con las conjeturas contenidas en los certificados médicos de fs. 6 y 7 sobre el estado de la salud de la interesada -ya desactualizados-, que pueden ser verdaderas, pero que carecen del rigor científico necesario para respaldar una decisión de tamaña trascendencia.

Pues, para que una conclusión además de verdadera sea

válida, es necesario que el científico aplique los métodos estandarizados de su disciplina como apoyo de su afirmación.

Las experticias, para ser tales, deben mínimamente contener una descripción detallada de la situación y material a analizar, una hipótesis sobre la cuestión sometida a opinión, una serie de enunciados particulares sobre lo observado y un conjunto de reglas universales que permitan corroborar esa hipótesis (conf. art. 474, C.P.C.C. y su doctrina).

Las genéricas explicaciones dadas al tribunal por los médicos que suscribieron aquellos certificados (ver a fs. 140 y vta.), antes de correrse traslado de la demanda, no satisfacen de manera alguna las inquietudes planteadas por el representante **ad litem** de la persona por nacer, quien ni siquiera estaba presentado en autos por entonces (ver a fs. 145).

IV. Por las razones expuestas, corresponde anular la sentencia recurrida en cuanto declaró que se encuentran facultados los profesionales correspondientes para realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la peticionante, debiendo remitirse los autos al tribunal de grado para que dicte un nuevo pronunciamiento atendiendo a lo aquí decidido (art. 289, C.P.C.C.).

Conforme a lo resuelto, el tratamiento de los demás planteos del impugnante quedan desplazados.

Con el alcance indicado, voto por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

1. Adelanto mi respuesta negativa, pues el recurso adolece de una general insuficiencia, al formular objeciones de orden procesal sin vincularlas con el contenido de la sentencia que se recurre. El mismo déficit padecen los planteos relativos a cuestiones de hecho, en los que no hay siquiera el intento de apuntar a errores manifiestos, lo que era indispensable para habilitar la revisión ante esta Corte (art. 279, C.P.C.C.).

Reiterando lo que expuso en su recurso extraordinario de nulidad, sostiene el tutor ad litem que el trámite impuesto a la causa no es el que le correspondía, entendiendo que de este modo se ha violado la igualdad procesal entre las partes. Asume así el recurrente que debió haberse iniciado y sustanciado, no un pedido de autorización o medida cautelar material (autosatisfactiva), sino un juicio de la madre contra su hijo por nacer, proceso en el que ambas partes (la demandada representada por el recurrente) debatirían acerca del tema que, según lo entiende el recurrente, es el objeto de este proceso: "el derecho a la vida tanto de la reclamante como del

reclamado" (recurso: fs. 211 vta. letra "a").

1.1. A partir de esa premisa, el tutor ad litem enumera todas las situaciones que, a su juicio, importaron en autos un apartamiento de la igualdad que debía garantizarse a las dos partes en litigio. En particular, se agravia por cuanto no se produjeron las pruebas que había solicitado en el escrito en el que contestaba demanda. En tal oportunidad, entendió insuficientes los informes y demás pruebas acompañados con el pedido de autorización, e imprecisa la calificación de los médicos en el sentido de que había (o mejor dicho, que hay) "alto riesgo de morbilidad materno-fetal que esta condición le impone a su situación de enferma cardiovascular severa" (fs. 7 de autos). Por tal motivo, requirió que se oficiara al hospital en el que se atiende a la madre, para que informara sobre la posibilidad de supervivencia materno-fetal, así como una comparación entre los riesgos de abortar, y los riesgos de no hacerlo (fs. 150). Asimismo, solicitó el tutor ad litem que, sobre iguales puntos, se expidieran también tres médicos de la Oficina Pericial.

Esta prueba no se produjo, y por ello se agravia el recurrente. No dice, sin embargo, por qué esto conduce a una errónea aplicación del derecho en la sentencia: cómo es que la enumeración y descripción del estado de salud de la

madre que ya obra en el expediente no permitía encuadrar el caso en el art. 86 inc. 1 del Código Penal, ni cómo es que, frente a la conclusión de que hay un "alto" riesgo de muerte, no era procedente aplicar esa disposición.

El recurrente no advierte que la revisión que intenta de la mano de su recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley tiene por objeto, conforme las normas que lo disciplinan, la sentencia dictada y no el proceso que la precedió. En otras palabras, era su carga denunciar y demostrar errores en la sentencia y no supuestos defectos u omisiones en el procedimiento (art. 279 cit., P. 70.631, Ac. 51.621, Ac. 77.976, entre muchas otras).

No niego que mediando supuestos extremos de indefensión puedan abrirse las puertas de la Casación para revisar el procedimiento. Mas no es este el caso y habré luego de dar razones de ello, aún a sabiendas de que en tal intento me interno en los campos de la fundabilidad del recurso, pese a que, tal como surge de lo antes expuesto, el mismo no traspasó los umbrales de la suficiencia.

1.2. En cuanto a los hechos, el recurrente se limita a enunciar su parecer en el sentido de que no hay certeza de que, al no interrumpirse el embarazo, la señora C. P. v. a fallecer, "sino que sólo existe el riesgo de ello" (recurso: fs. 215), agregando que tampoco se ha probado indubitadamente que el peligro no puede ser evitado por

otros medios (foja citada). Como se ve, estas son apreciaciones acerca de la convicción que resulta de la prueba producida, absolutamente insuficientes para abrir la revisión extraordinaria.

2. Ninguno de los recurrentes ha siquiera alegado que el art. 86 inc. 1 haya sido derogado por leyes o tratados posteriores; tampoco le han formulado objeciones constitucionales. De manera que, como lo ha señalado la Corte Suprema de la Nación, no es posible dejar de aplicar esa disposición, si no se la reputa inconstitucional ("Fallos", 257:295, 262:45, y otros). A pesar de esa fundamental omisión en la crítica de los recurrentes, estimo conveniente señalar que, incluso si ese análisis se realiza de oficio, tampoco se habrá de encontrar una incompatibilidad invalidante entre la norma del Código Penal, y las convenciones internacionales que citan los recurrentes.

En primer lugar, es necesario recordar que en la inmensa mayoría de las legislaciones del mundo, no es punible el aborto realizado para evitar un grave peligro a la vida o salud de la mujer (ver Naciones Unidas: <http://www.un.org/esa/population/publications/abt/fabttoc.htm>). De manera que, si acaso declaramos que el aborto en tales condiciones es incompatible con la Constitución, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (rat.

ley 24.849), o con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. ley 23.054), entonces habremos encontrado una contradicción normativa de la que nadie se había percatado. No niego que esto sea una posibilidad, pero sí advierto que debemos ir con cuidado en un tema tan grave.

Conforme lo señala Sebastián Soler (Derecho Penal Argentino; TEA, 1987; T. III, parág. 85, punto X), el inc. 1 que nos ocupa tiene en el fondo su justificación en el estado de necesidad. Se relaciona entonces esta disposición con la más general del art. 34 inc. 3 del Código Penal. Ciertamente es que la norma sobre el aborto impune tiene características particulares; sin embargo, y visto que la justificación o fundamento de la solución legal es un caso especial de estado de necesidad, estimo que es desde esa premisa que debe analizarse la validez constitucional de la norma. El estado de necesidad, como la legítima defensa, prevén situaciones que el Derecho no puede dejar de admitir: fuera del caso de quienes están obligados por normas especiales (bomberos, policías, etc.) las normas penales no exigen que se arriesgue la vida o que se ponga en serio peligro la salud. A pesar de las notas que las distinguen (art. 34 incs. 3 y 6, C.P.), tanto la legítima defensa como el estado de necesidad hacen que, si se dan sus requisitos, quede impune la violación de los derechos y bienes más sagrados. La ley permite que la propiedad se

destruya y que las personas sean heridas o incluso muertas. Sin embargo, nadie jamás ha siquiera sugerido que disposiciones semejantes sean violatorias del derecho de propiedad, cuando la propiedad es la afectada, o la salud o la vida, cuando ellas son las que sufren.

Recuerdo que no estamos hablando del llamado aborto "voluntario", y por eso no corresponde que compliquemos la decisión de este acuciante proceso con referencias a problemas muy distintos que la doctrina o la prensa suelen añadir al considerar de modo general el aborto. No estamos aquí haciendo planteos sobre los conflictos entre lo que es privado y lo que es público, o sobre las elecciones individuales y los intereses sociales. Por respeto a las cuestiones verdaderamente en juego en autos, que ya son suficientemente graves, debo evitar que el caso se convierta en una mera ocasión para ventilar posiciones doctrinarias. De lo que estamos tratando aquí es de la necesidad de una persona de recurrir a médicos diplomados para que eviten un peligro para su vida o su salud. Esto no niega el valor de la vida, ni siquiera ingresa en el debate sobre el momento en el que ella comienza. 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.

Una madre acaso decida no tomar un medicamento que es vital para su salud, pero que es dañoso para la de su hijo. Otra madre puede pensar que es mejor afrontar el riesgo de morir que el de no tener descendencia. Sin embargo, la ley no habrá de penarlas si su decisión es distinta; y no me refiero a una ley recién sancionada, de esas que cambian todos los años, sino a una regla que siempre ha estado presente en nuestro derecho, y que recogen casi todas las legislaciones del mundo.

Las leyes que exigen el heroísmo propio de los santos, requieren que los encargados de aplicarla tengan la crueldad propia de los demonios. Nuestro derecho no le dice a la peticionante: "vaya señora, y afronte el riesgo de la muerte". Al comprender que órdenes de esa clase no pueden ni deben darse, nuestra ley no declara que una vida sea más importante que otra, sino que se compadece con la debilidad humana en estas extremas circunstancias, y se abstiene de imponer castigos.

Dije antes, siguiendo al maestro Sebastián Soler, que el aborto impune del art. 86 inc. 1 tiene notas especiales respecto al genérico estado de necesidad. Ocurre en este supuesto que la persona que sufre ese estado no actúa ella misma, sino que acude a un médico diplomado. Este requerimiento se explica por la propia naturaleza de las cosas. La mujer tampoco juzga ella misma si el aborto es

necesario, pues la ley confiere esa decisión a quien puede evaluar seriamente su salud. De este modo, el aborto impune del art. 86 inc. 1 está claramente alejado del aborto "voluntario" previsto en otras legislaciones. Conforme a la norma citada, la voluntad de la mujer es sólo negativa: ella puede negarse al aborto y decidir tomar todos los riesgos. En cambio, no puede ella afirmar que el aborto es necesario. Aquí, una vez más, estimo que sería insensato, y hasta una falta de respeto al dolor ajeno, que entremezclemos disputas ideológicas. Que la decisión esté reservada al médico es simplemente una consecuencia necesaria del fundamento de la impunidad que describe nuestra ley en este caso, que es la necesidad.

Finalmente, no se me escapa que hay en el mundo ejemplos de legislaciones que restringen incluso más el aborto impune, limitándolo a los casos en los que sea necesario para salvar la vida de la mujer, o penando el aborto en todo supuesto. Los argumentos en este sentido, o en el opuesto, no son sin embargo la materia en litigio. En primer lugar, y en cuanto a la muerte, pues los informes médicos señalan que existe tal peligro en el caso. En segundo lugar, pues el mayor o menor alcance de la punición es una decisión, o mejor: una responsabilidad, de los cuerpos representativos a los que nuestra Constitución confiere la función legislativa.

3. Incluso, superada la insuficiencia ya señalada y en vista de la gravedad de la cuestión planteada, paso a juzgar la fundabilidad propiamente dicha del recurso.

Del abigarrado friso de argumentos que pueblan el escrito fundante del recurso en tratamiento y a los que ya me refiriera, se destacan dos, de los cuales bien puede decirse que el segundo es clara derivación del primero. Así, mientras no se deja de ir y volver sobre la disconformidad con la estructura procesal escogida por el juzgador para alojar y sustanciar en ella la pretensión actora, el discurso alcanza los más altos tonos agraviados cuando cuestiona la imposibilidad de producir pruebas en que su parte fuera colocada. El recurrente, ora por la mecánica misma del procedimiento escogido, ora por la arbitraria calificación de superfluas que merecieran las pruebas ofrecidas por él, expresa siempre una notoria ruptura al principio de igualdad y al de defensa en juicio.

3.1. Basta tomar el pulso de la cuestión llevada a los estrados del Tribunal de Familia n° 2 de Lomas de Zamora (solicitud de interrupción de embarazo de una madre portadora de una miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular, que presenta, además, como factores de riesgo, obesidad, tabaquismo, hipertensión arterial y antecedentes de cuatro embarazos, dos de ellos concluyeron con el alumbramiento de los dos hijos del

matrimonio y otros dos complicados con eclampsia y aborto), para advertir que ella está tan hinchada de urgencia, como preñada de riesgos.

Ya al 29 de abril la Jefatura del Servicio de Obstetricia y la de la Unidad Coronaria del Hospital en que se encontraba internada, daban cuenta del alto riesgo de morbilidad materno-fetal que las condiciones descritas imponían a quien entonces cursaba el primer trimestre (**semana once**) de embarazo y aconsejaban interrumpir el mismo e iniciar tratamiento psicológico para atenuar las consecuencias del trauma psicoemocional emergente de tal decisión (fs. 6 y 7). A su vez, el Comité de Bioética de la misma institución hospitalaria, consideraba que no existía objeción ética a una conducta activa **que deberán decidir los profesionales tratantes**, para salvaguardar la vida de la paciente, seriamente afectada por sus antecedentes de enfermedad y su actual embarazo. Enfatizando, además, la **necesidad urgente de la resolución del problema presentado** (fs. 9).

3.2. Como fácilmente se advierte, en el centro del escenario -sea éste medical o judicial- acentuando el dramatismo de este cuadro de por sí desgarrador y surcado por las tribulaciones éticas, psicológicas, religiosas y culturales de sus protagonistas, está el factor tiempo, denunciando su escasez y la imperiosa necesidad de dar

pronta solución a un problema que (despejado -al menos a mi juicio- de las objeciones jurídico-constitucionales que lo enmarañan) no admite esperas y, menos aún, las alongaderas de un debate judicial que se atasque en la elección de las formas que debe transitar el mismo o en un respeto exagerado -más allá del necesario- al principio de bilateralidad. El tiempo, ya a partir del informe que brindaran los médicos y el Comité de Etica, bien puede decirse que si al principio se contaba por días, hoy rondando las 20 semanas de gestación, sería prudente que nos asomemos a pensarlo -aunque más no sea- en horas.

Es frente a situaciones de este tipo en las que -metafóricamente hablando- las aguas del daño que se quiere evitar ya están mojando las plantas de los pies de quien busca el auxilio médico o la tutela de la justicia o, peor aún, ya han comenzado a cubrir su cuerpo y a lesionar el mismo, se me ha escuchado decir "por más que aceleremos la marcha del proceso y apuremos la llegada de la sentencia definitiva el derecho, cuyo amparo se pide, puede morir súbitamente por intolerable falta de atención inmediata".

A la espera de la sentencia definitiva, no sólo se consumiría el tiempo propio del debate, sino, también, el mismo derecho o bien de la vida que se procuraba proteger con la pretensión alumbradora del proceso. En estos casos, **es el mismo tiempo del proceso de conocimiento el que**

conspira y amenaza la lozanía, reconocimiento y satisfacción de los derechos. Frente a ello, sentimos lo que de alguna manera Julian Marias percibe como "vivencia del tiempo destructor".

Si este tiempo hizo sus estragos, si el amparo no llegó en el momento justo y los daños ya son irreparables, la sentencia definitiva que se dicte será tardía e inútil, configurando, si se quiere, el supuesto más aberrante de la **sentencia inutiliter datur**, el de un pronunciamiento inservible porque el daño o lesión que debía evitar ya se produjo, pese a que la tutela ante los estrados judiciales se reclamó con antelación a su producción, gritando su inminencia y dando pruebas de una fuerte probabilidad de su ocurrencia".

3.3. Huelga señalar que la solución a nuestro caso, mal podía pasar por las fauces de cualesquiera de las estructuras procesales que nuestra legislación tiene diseñadas para los procesos de conocimiento (aún la más breve, como la del "juicio sumarísimo") y que bien hizo la Jueza de trámite en clara comprensión de que se estaba frente a una cuestión que clamaba tutela urgente, en actuar las facultades que le brinda el art. 838 3er. párrafo del Código Procesal Civil y Comercial para flexibilizar y amoldar las formas y tiempos del proceso a tanta premura. Más aún, al así hacerlo, no dejó de respetar el derecho de

defensa de todos los involucrados en la autorización pedida, designando en el mismo acto un tutor **ad litem** al nasciturus, sustanciando con él dicha petición y escuchándolo, tal como lo hiciera anteriormente con el Asesor de Incapaces del mismo sujeto.

Ni la cita del art. 10 de la ley 7166, apareada al art. 838 3er. párrafo ya citado; ni la reputación de superfluas que el Tribunal en pleno dispensara a las pruebas ofrecidas por el ahora recurrente; ni la posterior determinación de la naturaleza jurídica de la petición actora que la magistrada hiciera a posteriori; ni el señalamiento que la autorización judicial pedida era innecesaria ante la facultad de actuar que en tales situaciones se reconoce a los galenos, lastiman el derecho de defensa o sumen en la indefensión al quejoso.

3.3.1. Mal puede extraerse un supuesto estado de indefensión de aquella cita de una norma de la ley de amparo que apunta, al igual que el recordado párrafo del art. 838 del Código Procesal Civil y Comercial, a diseñar un proceso ultraurgente, ante la naturaleza del tema a resolver. Si el art. 838 concede al Tribunal facultades que le permitan elastizar las formas para que no ahoguen el derecho en juego, aquella cita claramente trataba de fundar el ejercicio concreto de tal facultad para fijar el plazo a conceder al traslado de la petición actora. Es en ese

traslado, o mejor aún en ese tiempo que se establece para el responde de tal petición (más allá de su mayor o menor extensión) donde se garantiza la bilateralidad que, a su vez, permite la defensa en juicio. El mayor o menor plazo o el diseño impuesto al proceso, no lastiman tal derecho.

3.3.2. Siempre dentro del marco de urgencia en que se deben desarrollar todos los actos de este proceso y a la luz de las pruebas colectadas (distintos informes de los Servicios de Obstetricia y Cardiología del H.I.G.A. Evita, del Comité de Bioética, Historias Clínicas de los distintos embarazos de la actora; explicaciones brindadas por los médicos cardiólogos Dr. Raúl H. Capeci y José C. Borgo en la entrevista informativa celebrada ante el Tribunal de Familia, con presencia del Sr. Asesor de Incapaces representante del nasciturus y la perito psicóloga del mismo Tribunal; informe de esta última y del Médico Psiquiatra) la desestimación de la prueba que ofreciera el recurrente a fs. 149 vta./50, tampoco puede considerarse absurda o lesiva de la igualdad de trato de las partes. La prueba producida, más allá de los pareceres del impugnante, era pertinente para acreditar el hecho central de este proceso (la situación de riesgo para la vida o la salud de la actora y la inevitabilidad del mismo -el riesgo o peligro- por otros medios) y forjar la convicción de los jueces sobre el encuadramiento de la situación de autos en

el art. 86 inc. 1 del Código Penal, tal como ya lo puse de resalto con antelación.

3.3.3. La determinación de la naturaleza que en la sentencia se hiciera de la petición actora, o su "nomis juris", tampoco limitan el derecho de defensa del recurrente. Tan sólo dan razón y explican la redondez o plenitud estructural del procedimiento diseñado para, ante la certeza y aún frente a la robusta probabilidad de verdad sobre el derecho ejercido y dada la extrema urgencia y los riesgos irreparables de la demora, darle adecuada y pronta respuesta a tal derecho, reconocerlo y satisfacerlo, aunque ello importe hacerlo con antelación a lo que de común y regular es el tiempo propio de los juicios estructurados en el código procesal.

Es que de eso se trata en estos excepcionalísimos casos de urgencia impostergable y temor de daño irreparable. De saltar o crear atajos a las estructuras procesales ortodoxas y adelantarse al tiempo o momento regular del proceso para evitar que éste, siguiendo con la elocuente categorización de MARIAS, no se transforme en un tiempo destructor del derecho.

No niego que este aceleramiento del proceso despierta temores, como los que expresa el recurrente, en torno a las garantías que reclama la bilateralidad. Más aún, cuando en muchos de esos casos excepcionales hay que tomar la

decisión sin oír al otro y sin permitirle debatir siquiera, lo que no aconteció en la especie.

Pero siempre, ante temores semejantes que concluyen por negar validez a las distintas medidas que componen el elenco de la "tutela urgente", no puedo dejar de vincular este pensar, con aquella representación del proceso como un juego que Piero Calamandrei hiciera en sus escritos de homenaje a Carnelutti. Y es que bien podría decirse de quienes niegan esta tutela anticipada, que no toleran que el juego (el debate) termine antes de tiempo. Sin advertir que en tales situaciones, es el tiempo el que da muerte al juego al dejarlo sin objeto. Acaecido ello, para qué seguir con él: ¿para una sentencia inútil? Esto y no comprender que las reglas procesales y el proceso en si mismo es un mero instrumento puesto al servicio de los derechos de fondo y de la garantía de la defensa en juicio, que el juez debe utilizar con la flexibilidad necesaria que exija el mejor y más justo servicio, es casi lo mismo.

3.3.4. No desconozco que existe una cierta contradicción entre el señalamiento de que la señora C. P. y los médicos no precisaban autorización judicial para llevar a cabo el aborto terapéutico solicitado y el trámite impreso a estas actuaciones. Mas la opción por el procedimiento judicial, lejos de cercenar los derechos de defensa y de igualdad por los que brega en su recurso, les

permitió ejercerlos. Es indudable, desde tal punto de vista, que de haber actuado directamente los médicos y la actora y de no haberse abierto las puertas a la sustanciación del pedido de autorización con el tutor **ad litem** y el asesor de menores que, concurrentemente, representan al nasciturus, tales derechos no se podrían haber ejercido. Tan es así, que el quejoso no explica de qué modo ello afectó sus derechos.

3.4. De todos modos y para despejar toda duda, afirmo que, en estricto rigor, la presente petición debería haber sido rechazada **in limine**. Y esto, que curiosamente comienzo a desarrollar al cerrar mi voto, es el punto clave y definitorio de toda la cuestión que, sin embargo y pese a lo afirmado, llegara a estos estrados.

El inciso 1 del art. 86 del Código Penal no demanda tal autorización de los jueces y no sería prudente que lo hiciera. Si por caso, el cuadro temido se desatara en estos momentos mientras los Ministros de esta Corte debatimos en torno a la autorización pedida, sería insensato que los médicos no actuaran a la espera de que terminemos nuestras cavilaciones e, incluso, de que se recorran los tramos y los tiempos de un eventual recurso federal. Si eso ocurriera la posibilidad de dar satisfacción al derecho de la solicitante -o lo que es igual, la operatividad y eficacia del derecho en sí mismo- se habría desvanecido,

del mismo modo, quizás, que la vida de la madre y el feto que anida en su vientre, por una insoportable falta de atención oportuna.

A la espera de una autorización judicial y sin la decisión de los médicos de actuar lo que su ciencia y arte les indica con la diligencia exigida por las circunstancias del caso, el amparo llegaría tarde y el derecho se habría extinguido. Ni los prestadores del servicio de justicia, ni los prestadores del servicio de salud, habrían dado respuesta en tiempo propio a las necesidades de quien acudió a ellos en procura de proteger el derecho a su salud y su vida. La Provincia de Buenos Aires a través de los funcionarios de uno y otro servicio no habría brindado tutela judicial ni tutela médica.

3.4.1. El art. 86 del Código Penal claramente prescribe "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".

A la luz de la norma transcripta, los únicos protagonistas de este acto médico, tanto en los períodos previos o iniciales de información y gestación de la decisión, como en los subsiguientes de toma responsable de la misma y los finales dirigidos a concretarla o actuarla,

no son otros que la mujer encinta y el médico diplomado, que es el único dotado con el bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permita apreciar, con la debida justeza, si el grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopción de la práctica que ella consiente y si no hay otro medio de evitarlo. Si alguna duda tiene habrá de acudir a la consulta médica o la junta con otros profesionales del arte de curar y al Comité de bioética -como se hizo en el caso- pero nunca al Juez. ¿A guisa de qué ha de intervenir el Juez?. ¿Acaso estará llamado a jugar el rol de censor, supervisor médico o perito médico de los médicos?. No parece que esto entre en el campo de conocimiento de los jueces. La "*prudentia*" que integra la voz con que se suele denominar a la ciencia del derecho (jurisprudencia) y esa regla de oro que es la razonabilidad rechazan de plano tal pensamiento.

3.4.2. Ni es admisible que los médicos verbalmente (según refiere la actora a fs. 130) supediten su intervención a la autorización judicial en procura de proteger o resguardar su responsabilidad, ni que sobrevuelen por todas estas actuaciones y por encima de los gravísimos riesgos a que se encuentra sometida su paciente, los temores despertados ya por la incriminación del delito descrito en la primera parte del art. 86 del Código Penal, ya por esa suerte de fiebre epidémica de responsabilidad

médica, conocida como "*mala praxis*".

Repárese en que una de las más graves exteriorizaciones de irresponsabilidad es no conocer o negarse a reconocer los alcances y los límites de la propia responsabilidad. Si responsable es un sujeto obligado a cumplir, no se entiende que desconozca lo que debe cumplir y menos que ampare en tal desconocimiento su incumplir. De justificarse un razonamiento y actitudes como las expuestas, la responsabilidad desaparecería, ya que una forma de que no exista responsabilidad es no saber nunca en qué consiste ella.

En el caso, la ley no deja dudas. Tal como lo hemos dicho, los protagonistas de tal acto son el médico y la madre encinta. Pertenece al campo de la discrecionalidad técnica y científica del profesional el determinar si se da la situación descrita por el art. 86 inc. 1º del CP. El no necesita ni debe requerir complemento judicial alguno para el cumplimiento del acto médico por él aconsejado -previas consultas, juntas médicas o dictámenes de comisiones de bioética, si lo reputare necesario-.

Entra en el marco de su propia responsabilidad decidir si debe ejecutar o no dicho acto médico y serán siempre las circunstancias de cada caso las que permitirán decir si él respondió a su deber hipocrático. Si concurren las circunstancias que le señala la ley y el mismo ordenamiento

ético de su profesión, nada se le habrá de reprochar si lleva a cabo la intervención. Lo mismo si no lo hace, mientras su negativa sea una expresión lícita de su libertad de conciencia y de su libertad de autodecisión (libertad de conclusión o libertad de contratar). Pero cuando deba actuar inexcusablemente porque así lo imponen la necesidad o la urgencia que no admiten esperas ni dilaciones (arts. 13 inc. "c", Cód. de Etica y 19 incs. 1° y 2°, ley 17.132), su conducta será reprochable e, incluso, en determinados y casi excepcionales casos, puede llegar a tipificar el delito de abandono de persona.

3.4.3. Desde estos planos a que nos asomara el argumento agraviado del recurrente y para cerrar su tratamiento, no puedo menos que coincidir con lo decidido por el a-quo, en torno a la innecesariedad de la autorización solicitada. Vuelvo a repetirlo, ella debería haber sido rechazada **in limine**. Es que el art. 86 del Código Penal, tanto en su inciso primero como en el segundo -y esto es lo que se debe tener en claro- no está previsto para juzgar si acaso un acto que todavía no se ha realizado debe ser eximido de pena. El artículo supone un acto en el pasado, que es juzgado de acuerdo a la forma en la que efectivamente se llevó a cabo. En el caso se pide a la justicia que diga si acaso un acto futuro, todavía no realizado, se ajusta a tal o cual norma del Código Penal.

Que los actos se juzgan una vez cumplidos, es un principio que responde a una de las características definitorias de la tarea judicial, que a diferencia de la legislativa, no evalúa lo que todavía no ha sucedido. pero además, en el caso de un delito, o de la eventual desincriminación de un acto, la autorización judicial se revela particularmente inadecuada. La disposición del art. 86 inc. 1º -tal como lo hemos señalado hasta el hartazgo- supone una necesidad imperiosa y que no se presta a los trámites de traslados, notificaciones, recursos, contestaciones, nuevos recursos, etc. En la vía de la autorización, el juez se encontrará prisionero entre los peligros que traen consigo los trámites urgentísimos y la prueba sumaria, y los riesgos ciertos de la más mínima demora.

Dicho todo esto, que era necesario para recobrar la percepción de que nos encontramos ante un trámite francamente anómalo, estimo que ya no es posible decirle a la peticionante que debe volver a fojas cero. La instancia ordinaria se ha pronunciado sobre el punto. Como cada vez más a menudo ocurre, los medios de difusión han propalado opiniones en un sentido y en el otro. Hasta se han levantado objeciones a la inconstitucionalidad de la disposición que aplicó la instancia ordinaria, que por otra parte es la misma que habría de aplicar un tribunal que

juzgara hechos cumplidos. No me cabe duda de que tanto la actora como los médicos que la atienden deben estar más confundidos ahora que cuando se iniciara el trámite. Por eso, en la penosa disyuntiva de sentar un aparente precedente, claramente incorrecto, según el cual los actos se pueden juzgar antes de que hayan ocurrido y, de, por otro lado, dejar en peor situación a la parte que acudió a buscar el auxilio de la justicia, prefiero correr el primero de los peligros. Ello, pues si bien es cierto que el proceso judicial es importante en cuanto sienta criterios para caso futuros, su función principal, aquella que no puede renegar, es resolver los casos que le fueran propuestos (arts. 15 y 16 del C.C.). Y cuando hablo de resolver, lo hago en el sentido más vivo, fructífero, práctico y efectivo que debe darse a la tarea del Juez. A esta altura, con todo el tiempo corrido y consumido por los recelos de los médicos, primero y por el procedimiento desplegado en la instancia ordinaria, después, sólo cabe saltar sobre los planos meramente abstractos de la ciencia jurídica y dictar un pronunciamiento que sea la expresión cabal tanto de la ciencia como de la práctica del Derecho.

Por ello, convencido como estoy de que el proceso ha de estar al servicio de los derechos sustanciales, asegurando "*la tutela judicial continua y efectiva*" de los mismos -tal como reza el art. 15 de la Constitución de la

Provincia-, no cabe otra cosa que rechazar el recurso y confirmar el fallo del Tribunal recurrido, en tanto sus integrantes -más allá del error inicial remarcado- han adoptado un papel activo en la búsqueda rápida y flexible de una solución al problema llevado a sus estrados por la actora. En tal búsqueda, el **a quo**, hizo saber a los galenos que *"se encontraban facultados para realizar la práctica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la actora, cuya gestación lleva(ba) más de doce semanas conforme a las reglas de lex artis"* (sic). A su vez, autorizó la ligadura tubaria solicitada por aquélla.

Va de suyo que la respuesta negativa que propicio al recurso interpuesto y que conlleva la confirmación del fallo de primera instancia, la brindo con total conciencia que con el fluir del tiempo las circunstancias del proceso de gestación de A. K. C. P. pueden haber mudado. Y de ser ello así, queda siempre bajo la responsabilidad de aquellos profesionales el adoptar la decisión y, en su caso, la práctica más adecuada, ante la concreta situación que presenten las circunstancias sobrevinientes. Para que la operatividad y el resultado práctico de esta sentencia no sean frustrados por el "tiempo destructor" del proceso al que hiciera referencia en los considerandos 3.2 y 3.3, tal decisión médica -cualquiera sea- y la probable práctica que dichos profesionales tengan que realizar, no deben quedar

supeditados a los tiempos que puedan insumir los eventuales actos procesales posteriores a este pronunciamiento. Habida cuenta la excepcional urgencia que demanda la solución del presente caso, a partir de la notificación de esta sentencia se habilitan días y horas inhábiles para todos los trámites subsiguientes que el proceso demande (art. 153, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Entiendo que debe hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley impetrado por el señor Titular de la Unidad de Defensa N° 1 en su carácter de tutor **ad litem** y, en consecuencia, revocarse lo resuelto por el tribunal **a quo**.

II. Liminarmente cabe señalar que, en mi voto en la causa Ac. 85.566 (sent. del 25-VII-2002, publicada en "Jurisprudencia Argentina", 2003-I, 768) recordé que el ordenamiento jurídico argentino no prevé ninguna acción de consulta que habilite a los jueces a su evacuación estando en principio sólo llamados a resolver casos de intereses controvertidos o contrapuestos que ostenten relevancia jurídica presentados por los justiciables ante sus estrados con base en una normativa específica.

El presente caso renueva esta cuestión con particular

dramatismo.

Estamos frente a la solicitud de una mujer encinta donde se reclama autorización judicial para que un médico lleve adelante prácticas abortivas en perjuicio de la vida de su hijo por nacer alegando un grave estado de salud.

Y el tribunal interviniente la concede a partir -entre otros argumentos- de encuadrar el caso en la figura del aborto terapéutico del art. 86 inc. 1° del Código Penal.

En mi concepto, la cuestión debió ser decidida exclusivamente en base al criterio médico.

Sólo el profesional interviniente -o el equipo que éste conforme- puede determinar a partir de los conocimientos sustentados en la *lex artis* qué solución médica cabe discernir frente a una situación dilemática donde se encuentren en juego dos vidas humanas a las que -como quedará expuesto en este voto- cabe otorgar idéntico valor, y que sólo puede ser resuelta a través de la observancia permanente del cuadro evidenciado, donde cada momento es susceptible de variantes sustanciales, que sólo pueden ser evaluadas por el profesional médico cumpliendo la misión autoimpuesta a partir del juramento hipocrático prestado al decidir el ejercicio de tan augusta y comprometida profesión.

De ningún modo puede el juez, desde la lejanía de su despacho y frente a la imposibilidad de seguir momento a

momento las evoluciones de la salud de los implicados, decidir una materia cuyo conocimiento sólo es accesible a través de una consulta permanente que por lo dilatado de su trámite, siempre le va a dejar en situación de inevitable demora frente a cualquier solución perentoria que deba adoptarse.

El profesional de la salud es quien se encuentra frente al cuadro específico y ante esa realidad debe tomar una decisión sustentada en su especial saber y en las propias pautas éticas.

La tarea es indelegable.

Frente a la necesidad en que se encuentra de salvaguardar ambas vidas se le plantea uno de los aspectos más delicados del noble ejercicio de la medicina: decidir si ante el concreto peligro para la subsistencia de dos seres humanos que dependen del avance de un embarazo debe dejar que la naturaleza siga su curso o intervenir en algún tramo ante la inevitabilidad de un desenlace que puede afectar irreversiblemente a uno o ambos sujetos involucrados.

Por ende, los tiempos en que deben adoptarse estos criterios -no ante la eventual posibilidad de un riesgo, sino frente a la certeza actual de su producción- son absolutamente perentorios correspondiendo a los facultativos la decisión tanto por su preparación y formación en el campo médico específico como por su

proximidad espacial y temporal al drama que reclama respuestas urgentes.

De allí que -retomando la idea original- considero que no puede hacerse depender este tipo de intervenciones de permisos o venias judiciales como las que -en definitiva- se reclaman en las presentes actuaciones.

Los ejemplos de actuaciones semejantes son múltiples: el policía frente a la disyuntiva de si acciona o no su arma letal en la necesidad de intervenir; el bombero frente a la exigencia de actuar en casos angustiosos; el presidente de una nación al decretar el curso de acción frente a una agresión armada de otra nación; quien se ve obligado a intervenir para no incurrir en abandono de persona, v. gr., para resolver si debe o no movilizarla; quien debe atender un parto que se precipita en la vía pública.

En ninguna de ellas se concibe que se supedite el accionar a la decisión de un tercero que si bien se mira, aunque sea el juez, carece de competencia técnica para resolverla **per se**.

Supuestos como el que aquí nos ocupa -autorización para práctica abortiva- evidencian la sinrazón del planteo.

En efecto, si lo que se requiere es la autorización para cumplir con una conducta despenalizada, no es necesaria la venia judicial, siendo por ello inútil.

En cambio, 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 (conf. Bidart Campos, Germán "Autorización solicitada para abortar", Nota a fallo, en "El Derecho", 114-184).

Se ha dicho frente al conflicto que enfrenta a la madre embarazada y al hijo por nacer y que involucra al médico, "que el legislador ha sido sabio al menos en no incluir en escena al cuarto personaje. El juez deberá pronunciarse no sólo a favor del derecho a la vida del nasciturus -máxime cuando carece por completo de capacidad para defenderse por sí mismo- sino también reconocer el derecho a la vida de la madre. En suma, no podrá proteger exclusivamente al hijo, porque condena a la madre, ni optar por la solución contraria. (...) La decisión no pasará entonces por autorizar o no la intervención quirúrgica, sino por afirmar que esa decisión compete al médico y a la madre" (Juzgado Nac. Civ., sent. del 27-VIII-1985, "Jurisprudencia Argentina", 1989-III-355). Por nuestra parte, habida cuenta de las pautas contenidas en la Constitución nacional que consagran el derecho a la vida de todo ser humano y particularmente dada la concepción del

niño sujeto y no objeto de derecho y la primacía de su interés superior no compartimos que la madre pueda tener una suerte de poder de vida o muerte sobre su hijo.

La doctrina también ha cuestionado la solicitud de "venias judiciales" para estos casos.

"Cabe considerar -se ha dicho- que las autorizaciones judiciales constituyen un avance del Poder Judicial en cuestiones que no parecen ser de su directa injerencia" (cfr. Jarque, Gabriel D., "Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas", "Jurisprudencia Argentina", 2001-III-853).

Es que desde este punto de mira se desvanece el conflicto planteado ya que sólo persiste la necesidad de una única decisión: la decisión médica.

Y agrega este autor "No procede la intervención de la Justicia cuando de lo que se trata es de un acto lícito. Si, por el contrario, la conducta constituyera un hecho ilícito, tampoco cuentan los magistrados con la facultad legalmente conferida de 'autorizar' su realización. No están habilitados los jueces para abrir juicio de valor acerca de conductas -ni de las distintas circunstancias eventualmente comprometidas en cada caso- que aún no existen en el ámbito de la realidad".

Se señala en este trabajo que -en este contexto- resulta más compleja la situación en los casos relacionados

con prácticas abortivas, en razón de encontrarse comprometida la vida de un tercero: el nasciturus. De ser consecuentes con la observancia de los pactos internacionales suscriptos, e incorporados al Derecho interno con rango constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), no se advierten excepciones al respeto de ese derecho fundamental (la vida) del ser en gestación desde su concepción.

III. Hay una consideración que es esencialísima, que encuentra sus bases en las raíces mismas de la naturaleza del hombre y en el profundo respeto que la ley debe tener por el ser humano: **ninguna vida es superior a otra.**

Obviamente, esta consideración debe apreciarse con absoluta objetividad para ser justa.

Desde lo subjetivo, resulta muy difícil que un ser humano, en su ansiedad por subsistir y llevar adelante el cumplimiento de los fines que se ha propuesto, y obedeciendo a un elemental instinto de conservación ceda a su deseo de pervivir, aún a costa del sacrificio de otras vidas que colisionan con ella. Por ello, todas las leyes penales -más allá de que puedan diferir en cuanto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad (como causa de exclusión de la antijuridicidad, como causa justificante, como causa de exclusión de pena o como causa de exclusión de la culpabilidad)- admiten como su consecuencia la

impunidad.

"Cuando los bienes en conflicto son de igual valor, especialmente cuando son vidas humanas, el problema se complica de modo extraordinario. Los ejemplos de estos casos de estado de necesidad que puedan citarse son numerosos: el clásico es el del naufragio que a punto de ahogarse, fuerza al compañero de naufragio a abandonar el madero flotante; análogos son los casos de antropofagia con motivo de naufragios en los que los supervivientes carecen de víveres; el de los que atropellan, lesionan y hasta causan la muerte a otras personas para salvar su vida en incendios, naufragios, etc".

"El acto del que para salvar su vida causa la muerte de otro no es un acto justificado ni este caso de estado de necesidad puede considerarse como una causa de justificación, pues el derecho del sacrificado es tan legítimo como el del sacrificador, el sacrificado es por completo inocente, nada hizo por su parte para que surgiera la situación de peligro que amenazaba al que salvó su persona. El acto realizado no es justo y sin embargo no es punible; todos los autores se hallan de acuerdo acerca de la impunidad de estos hechos. ¿Cuál es la razón de tal impunidad? Pocas materias de derecho penal han sido objeto de estudios tan numerosos como esta cuestión, el número de teorías formuladas para justificarla es muy numeroso, mas

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'" (cfr. Cuello Calón, Eugenio, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona. Derecho Penal, Parte General, 3ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1935).

Sin embargo, esta materia admite matices: a veces la ley objetiva la admisión del estado de necesidad: el comandante del buque o aeronave no podrá excusarse de su deber de hacer todo lo posible por salvaguardar la vida de los pasajeros, lo mismo sucede con quien conduce la tropa en la guerra, el bombero y el policía deben intentar salvar la vida de otros, aún mediando grave riesgo de la propia, y en general, con todo aquél que está obligado a soportar el riesgo, ya sea en razón de su propio acto, ya sea por haberlo de algún modo generado.

IV. Desde este ángulo **cabría preguntarnos si la maternidad no obliga a soportar riesgos.**

Entiendo que sí. La naturaleza de persona del ser concebido así lo impone. El respeto de la madre por la vida del nasciturus debe ser tan absoluto como el que tiene por su propia vida, y sólo debe acceder al sacrificio de aquélla cuando la extinción inminente de la suya, de no

actuar así, apareje transitivamente la muerte de aquélla.

De todos modos, el estado de necesidad sólo puede invocarse y juzgarse **a posteriori** de cometido el acto que lo implicó. Nunca antes, ya que lo contrario importaría -tratándose de la vida-, consagrar soluciones crueles, contrarias a la estimativa y a la ética jurídica, y dispensar eventualmente -a quienes pudieran encontrarse en situaciones tales- un verdadero "bill" de indemnidad, más peligroso y disfuncional aún si se repara en que podría concebirse que alguien para consumir impunemente su accionar homicida podría colocarse dolosamente en una situación que previamente estuviera descripta como justificante.

Ello más allá de lo imprescindible de analizar si la situación de riesgo para el bien jurídico alternativo al que se quiere preservar, no ha sido creada intencionalmente, por el supuesto necesitado, o le es imputable a título de culpa, imprudencia o negligencia (así, Moriaud y Rossi comprenden esta últimas situaciones, citados por Cuello Calón, opus cit., p. 375, nota 13).

Cabría razonar en este caso si la conducta de la embarazada ha sido todo lo cuidadosa que su condición de madre requería (la obesidad y el tabaquismo abrirían un interrogante en este sentido).

Con un enfoque ciertamente novedoso aunque no exento

de agudeza jurídica, dado el muy estrecho sendero por el que en todo caso transitaría (de reconocérsele subsistencia) la excepción del dispositivo legal invocado se pronunció otro magistrado -esta vez desde el prisma de la jurisdicción penal- quien puntualizó, ante un pedido de autorización para practicar un aborto sentimental, que no correspondía dicho pedido en tanto el art. 86 inc. 2 considera impune a la mujer y al médico que lo practique, pero nada dice sobre el juez que autorice tal práctica (Juzgado Instrucción Rosario N° 7, 4-XI-1987, "Jurisprudencia Argentina", 1989-III-361).

La autorización que en estos actuados se solicita ha sido requerida por la madre, a quien nadie le niega la posibilidad de prestar su consentimiento al acto médico, pero ello robustece aún más la necesidad de que sea finalmente el facultativo quien decida si además de contar con ese consentimiento se encuentra en una situación en la que no tenga otra alternativa clínica más que la de intervenir en el cuerpo de la madre con riesgo de ambas vidas para lograr salvar a una o ambas.

V. No dejo de advertir en el caso, sin embargo, que el pedido que se trata procura como única solución terminar con la vida del menor y es ante ese riesgo cierto, inminente y anunciado que, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, me veo como juez compelido a

intervenir en defensa de su vida que es la que se encuentra inmediatamente amenazada, sin dejar de tener en cuenta la protección que simultáneamente debo brindar a la madre de la que se afirma que también corre un peligro cierto aunque no ha quedado suficientemente aclarado en este expediente hasta qué punto ese peligro no puede ser mitigado, y si no constituye el riesgo que -en mayor o menor medida- afrontamos los seres humanos en razón de enfermedades crónicas o circunstanciales de variable intensidad en cuanto a su gravedad en ocasionales trances de nuestra existencia, que pueden ser sorteados recurriendo a tratamientos y cuidados especiales.

VI. Frente, entonces, a los hechos expuestos y siguiendo las pautas hermenéuticas que considero aplicables, **soy de la opinión que debió denegarse la autorización peticionada.**

El reclamo de la actora se sustenta en gran parte en argumentaciones que corresponden a una muy distinta plataforma fáctica, cual es la situación del feto que padece de anencefalia (fs. 129/130 vta.), supuesto sumamente específico y que ha dado lugar a una jurisprudencia también singular que admite que se adelante el alumbramiento. Si bien no he compartido las posiciones mayoritarias expresadas en tales precedentes, es evidente que no pueden utilizarse los argumentos contruidos en base

a un gravísima afección como es la anencefalia en este supuesto donde no existe constancia alguna de que el **nasciturus** se encuentre enfermo ni de que su vida extrauterina corra riesgo alguno.

VII. Descartado ese tramo de la demanda (como se hizo en fs. 152 y vta.), queda sólo aquél donde la actora se limita a contraponer su estado de salud a la vida de la persona por nacer, requiriéndose que se practique una interrupción de embarazo -aborto- para proteger lo primero.

La señora C. P. presenta un estado de salud que los médicos intervinientes califican -en suma- de grave, aunque sin embargo no señalan que el conjunto de patologías (ajenos al embarazo en sí) generen en la actualidad el "peligro extremo" o lleven a la "muerte cierta" de la madre.

Y al mismo tiempo, obra en fs. 6 constancia médica -referenciada también en la resolución de fs. 157- donde se concluye "... haciéndose hincapié que la práctica de interrupción de una gestación no está exenta de complicaciones y riesgos, incluyendo las eventuales complicaciones anestésicas". Esta afirmación fue advertida por los jueces en fs. 195 vta. restándosele trascendencia frente al riesgo de mortalidad que "acarrearía la prosecución del embarazo".

Sin embargo, tengo para mí que, para salvaguardar la

vida de la madre se solicitan medidas abortivas que -al igual que el mantenimiento del embarazo- son potencialmente riesgosas para la salud.

Frente al precario estado de salud de la señora C. P. , en este expediente se han presentado, entonces, dos cursos de acción: continuar con el proceso gestacional o interrumpirlo.

Si en ambos casos existen riesgos a tenor de la información médica reunida en la causa, preferir aquella opción que conlleva de manera segura la muerte de una persona por nacer por sobre la que la conserva me parece manifiestamente insostenible.

VIII. Pero aún cuando correspondiere la justificación eventual de la conducta por haber elegido priorizar la madre su propia vida en perjuicio de su vástago, ¿qué sucede con el médico, que reviste la condición de persona distinta de la que se encuentra en peligro?

Nos encontraríamos frente a la ayuda necesaria (Nothilfe de la doctrina alemana) (Briguglio, Marcello, El Estado de Necesidad en el Derecho Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 89).

Al respecto, el nombrado Profesor de la Universidad de Bolonia, ejemplifica "el que presta ayuda ve a dos desconocidos en trance de ahogarse y disponiendo solamente de un salvavidas incapaz para dos personas, sin poder hacer

otra cosa, aleja violentamente a uno de los que están en peligro prefiriendo la salvación de uno a la muerte seguro de los dos" (op. cit., p. 90). Pero a continuación señala que "cuando el bien salvado es mayor que el bien sacrificado con una gran diferencia la solución ... se presenta incensurable; ... cuando están en juego dos vidas humanas dicha postura deja un poco perplejo: en efecto, en tal caso se hace depender la elección de la persona que debe ser sacrificada de la voluntad del primero que llegue el cual se convierte en árbitro supremo del conflicto", lo cual ha determinado que en algunas legislaciones se limite la ayuda necesaria sólo a los parientes (op. y loc. cit.). Pero el médico no es pariente (tampoco importaría que lo fuera en nuestro sistema). Además, en el presente caso, se encuentra en posibilidad de intentar salvar a ambos: a la madre y al niño. Tiene reglas objetivas para hacerlo: las de su **lex artis**.

Por otra parte, nos preguntamos ante la equivalencia de ambas vidas, ante la falta de superioridad de un bien respecto de otro, ¿por qué los médicos toman partido en el conflicto y proponen sacrificar sin más la vida del niño? ¿No podrían acaso priorizar la vida de este último y postergar aún con riesgos elevadísimos la vida de la madre? **¿No sería ésta, acaso, una solución posible, tan parcial y arbitraria como la de optar ab initio por preservar a**

ultranza la vida de la madre aún frente a la posibilidad cierta de que resulte innecesario el sacrificio del niño?

Señala Briguglio (op. cit., p. 94 N° 19 B **in fine**) que "el sujeto pasivo puede por su parte, encontrarse en un estado de necesidad y verse constreñido a realizar un comportamiento necesario dañoso para otros. Tal comportamiento por lo demás puede ser dirigido contra el autor del hecho dañoso sufrido por el sujeto pasivo: en este caso puede hablarse de estado de necesidad recíproco" y citando a Maggiore dice que el náufrago que intenta arrebatarse a otro el salvavidas no realiza un acto de legítima defensa, porque "la acción del otro no es injusta; en este caso el comportamiento necesario de uno se contrapone al del otro, puesto que ambos náufragos tienden a sobreponerse para sobrevivir" (op. y loc. cit. nota 157).

La vida del hijo no es menos que la vida de la madre y particularmente para el médico ambas deben ser consideradas igualmente valiosas. No está frente a una opción entre una persona y una cosa ni entre una persona en acto y otra meramente en potencia. No. Debe preservar la vida de dos personas que presentan sólo un distinto estado de desarrollo. Una aparentemente sana y con toda una vida por delante, y otra con serios problemas de salud, con algunos años de tránsito por la vida. ¿Por qué optar? ¿Por qué no intentar salvar a ambas? Quién mejor que el médico para

intentar hacerlo, retomando su juramento hipocrático, que le 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" "En cualquier casa que entre lo (hará) por el bien de (sus) enfermos (evitando) causarles daños intencionadamente...".

No existe ninguna diferencia entitativa en el niño a través de sus distintas etapas de cigoto, mórula, blastocisto, feto, recién alumbrado, y hasta los dieciocho años, con el adolescente, el adulto y el anciano. Cualquiera de estas etapas más allá de la apariencia que el ser humano presente en su transcurso, nos está mostrando un solo y único ser, irrepetible, una misma persona más allá de todas sus evoluciones, y el hecho de que alguien transite la etapa de feto y otro lo haga en la de adulto no los hace uno respecto de otro mejor ni peor, más valioso o menos valioso; todo ser humano merece igual respeto por el solo hecho de serlo.

En esto de pretender establecer vidas que valen más que otras vidas, o etapas de ellas que revisten que revisten mayor importancia que otras, podemos decir parafraseando a Vélez Sarsfield cuando se refiere a las presunciones de derecho creadas sobre la prioridad del momento de la muerte en la conmorienencia en su nota al art.

109 del Código Civil, que todas estas pretensiones se convierten en "arbitrarias, y sin ningún fundamento positivo", habida cuenta en nuestro caso de las normas protectivas que tutelan la vida humana en nuestro derecho, las medidas de acción positivas que se exigen en amparo de niños, de mujeres, ancianos y discapacitados en nuestra Constitución nacional, y la igualdad real que en ellas se intenta consagrar (art. 75 inc. 23 primer párrafo).

En síntesis, es al médico a quien corresponde agotar todos los medios tendientes a preservar la vida de la madre durante el curso del embarazo y la viabilidad del feto debiendo tan sólo ante el fracaso de todas las terapias empleadas y la inminencia de un resultado letal resignarse a la actuación del principio del doble efecto (salvar uno de los bienes en juego aunque sea a costa de producir un mal en el otro). Será ésta la última **ratio** cuando ya el arsenal de medios técnicos y propios de su *lex artis* científica esté consumido.

IX. No es un dato menor el considerar que el avance científico registrado por la medicina moderna como precisa José Manuel Reverte Coma, profesor de antropología médica y forense de Universidad Complutense de Madrid, "hace cada vez más raros los pretendidos casos de conflicto entre la vida materna y la vida fetal. Las indicaciones del así llamado 'aborto terapéutico' son hoy día excepcionales" y

simultáneamente que "la interrupción de la gestación, de un modo artificial, aún realizada bajo control médico y en clínica bien equipada, tiene una incidencia de complicaciones elevada. Asimismo la mortalidad materna en estos casos no es despreciable. Este peligro para la madre es mucho mayor en el segundo trimestre del embarazo" (Las Fronteras de la Medicina, ed. Diaz de Santos S.A., Madrid, 1983, p. 60).

Igualmente, cabe señalar que hoy existen procedimientos quirúrgicos específicos para el tratamiento de pacientes extremadamente obesos; y que se han recopilado datos valiosísimos a fines de orientar las técnicas anestésicas hacia el manejo óptimo de tales pacientes, siendo que los riesgos que presentan hoy son perfectamente identificables. Ello más allá que "los sujetos con infiltración grasa severa tienen un riesgo mayor, aún sin los efectos superpuestos de la cirugía y la anestesia" (conf. Anestesia y el Paciente Obeso, Burnell R. Brown Jr. Cap. I. Definiciones y Riesgos de la obesidad, por Robert W. Vaughan, M.D. Profesor y Jefe Asociado. Dep. de Anestesiología, Ctro. de Cs. de la Salud de la Univ. de Arizona, Tucson, Arizona. Ed. El Manual Moderno, S.A., de C.V. México D.F. 1983, título original: Anesthesia and the Obese Patient, Philadelphia, Pennsylvania, 1978, pp. 1/8).

También que "la preeclampsia es cada vez menos severa

en todo el mundo y, por tanto, no es válida la comparación de la terapéutica actual con los regímenes terapéuticos antiguos" (conf. Enfermedad Cardiovascular Hipertensiva, Volúmen 1 N° 3, Albert. N. Brest, M.D. Editor, Cap. "Hipertensión y toxemia del embarazo", por Albert Altchek, M.D., Profesor de Obstetricia y Ginecología en la Escuela de Medicina Monte Sinaí, Hospital Monte Sinaí, Nueva York, Editorial Jims, Elicien, Barcelona, 1973, p. 353, Título original: Hypertensive Cardiovascular Disease, de la Serie Cardiovascular Clinics, Ed. F.A. Davis Company, Filadelfia, USA).

Quiero significar con esta breve referencia a dos trabajos especializados que por cierto han de haber quedado en la historia de la medicina, dados los enormes progresos experimentados en este terreno, que ya en ese tiempo las terapias específicas permitían alentar buenas expectativas para los problemas de salud que afectan a la madre, y que, como señala Lucien Israël, profesor de la Facultad de Medicina de París, cancerólogo eminente de reputación internacional, "No he podido convencerme hasta ahora de que existan en terapéutica situaciones de certeza. Es decir aquellas en que el que prescribe está seguro de conocer todas las consecuencias de su intervención, teniendo en cuenta todos los plazos y también aquellas en que queden excluidos todos los riesgos. De ser así, los más complejos

problemas médicos se solucionarían por medio de la programación lineal, técnica segura para perfeccionar las decisiones ciertas. Es más que probable que jamás se llegue a eso. **La incertidumbre es, como lo veremos después, consustancial a nuestra persona, salvo en un caso de gran importancia práctica: aquel en que se tiene la certeza de un fracaso si no se hace nada, pero en el que no se perderá nada intentando hacer algo**" (La Decisión Médica. Sobre el Arte de la Medicina, EMECE EDITORES, Bs. As.. junio de 1983, pp. 31).

Por contraposición, que 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", sin perjuicio de las alteraciones psíquicas sobrevinientes que conllevan, de las cuales se previene y se procura tratamiento en el dictamen de fs. 7, lo que implica que **las consecuencias disvaliosas y aún la misma muerte pueden también originarse si se practica el aborto**, sin dejar de ponderar que la madre presenta un cuadro clínico de base ya complicado, al que no se puede precisar en qué medida el embarazo le ha añadido riesgos y que el eventual

agravamiento no puede de modo alguno justificar **per se** la eliminación del niño por nacer.

X. Para otorgar al tema cuyo conocimiento se trae a esta Corte toda la dimensión trascendente que cabe conferirle, debo señalar sin ambages ni eufemismos que en él se encuentra comprometido el derecho a la vida de los seres humanos, y el consecuente respeto que la dignidad de aquélla merece (conf. Ac. 82.058, sent. del 22-VI-2001, publicada en "El Derecho", 194-249 y "Jurisprudencia Argentina", 2001-IV, 389).

Conforme lo sostuve en Ac. 82.058 antes citado, no escapa a mi comprensión que igualmente pueden colisionar con ese derecho otros que sin duda son acreedores de adecuada y eficaz tutela jurídica, pero debo recordar que siempre que existen diversos valores en juego debe procurarse en primer lugar su armonización y, eventualmente, no resultando posible arribar a este resultado, por la inevitabilidad de la confrontación, debe otorgarse prioridad a la salvaguarda del de mayor jerarquía, aunque ello conlleve como secuela necesaria el sacrificio del alternativo.

Siendo entonces como quedó dicho, que se encuentra controvertido el derecho a la vida, debemos recurrir a los instrumentos jurídicos que lo consagran, entre los cuales sin duda cobra absoluta prevaencia la Constitución

nacional.

La vida se encuentra así plenamente garantizada para todo ser humano, por el mero hecho de serlo.

El derecho a la vida aparece reconocido hoy, además, en numerosas declaraciones y convenciones internacionales, en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de otros muchos países europeos y americanos, y en el texto del Código Civil Argentino.

En todos estos instrumentos se procura la protección de cualquier ser humano, del género humano.

Esta protección se debe extender desde el momento de la concepción hasta el de la muerte natural (art. 12 inc. 1, Const. Pcia. Bs. As.), a través de todas las etapas que el ser humano transita a lo largo de su existencia, los que en rigor configuran un continuo, de difícil delimitación en sus puntos fronterizos.

El progreso humano ha permitido afirmar estos principios superando situaciones insostenibles como las que derivaron de la esclavitud o de las discriminaciones intolerables ejercidas respecto de la mujer, la niñez, la juventud, la ancianidad y la discapacidad.

Incluso hasta la misma naturaleza en sus diversas manifestaciones animales, vegetales y minerales goza hoy de preceptos tuitivos.

Ante actitudes que importan un lamentable retroceso en

la protección de los derechos humanos, sostenemos el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del nasciturus desde el momento de la concepción, invocando como **ultima ratio**, frente a toda situación de duda la aplicación del principio in dubio pro vida. También, teniendo en cuenta que todo acto que atente contra la vida del mismo importa un caso extremo de violencia familiar respecto del ser más indefenso, y haciendo aplicación de otro principio liminar del derecho de familia: el del superior interés del menor.

El nasciturus representa el grado extremo de indefensión, y por ello el derecho debe acudir en su auxilio aunque no es el derecho sino la naturaleza quien le otorgó su ser propio. El derecho a la vida- señala Bidart Campos- aparece formulado operativamente como derecho a que se respete la vida de toda persona. (Bidart Campos, Germán José, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tº III, "Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución", Ediar, pág. 176 y ss.).

Así se lo menciona en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC y P) adoptado por resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (aprobado por la ley

23.313): "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (inc. 1).

En el art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DAD y DH), aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948 (2 de mayo): "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".

En el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", y en el 6 se añade que "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

En el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (aprobada por ley 23.054): "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". A lo que se le suma lo estipulado en el art. 3 de ese mismo cuerpo: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

En el art. 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (aprobada por ley 23.849): "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". Poco antes, en su artículo 1 había establecido que "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad", a lo que la República Argentina formuló la siguiente reserva al ratificar la Convención: "Con relación al art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

XI. Del juego armónico de las normas citadas, que se integran y complementan entre sí revistiendo como veremos al menos rango constitucional (esto es supremo), dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que determinan la inconstitucionalidad de toda norma que directa o indirectamente, expresa o tácitamente se oponga, se colige que:

Todo ser humano tiene derecho a la vida (DADDH).

Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica (DUDH).

Todo individuo tiene derecho a la vida (DUDH).

Toda persona tiene derecho a la vida (CADH).

La persona lo es desde el momento de su concepción (CADH). Se reconoce que la persona comienza su existencia en el momento de la concepción. Cosa distinta para la Convención parece ser la protección que dispensa la ley. Los demás ordenamientos son en este sentido, más generosos, por cuanto reconocen el derecho a la vida de todo ser humano lo cual supone una amplia protección en todos los estadios de la vida, y no lo dejan con la relativa indeterminación que lo hace esta Convención que en definitiva admite que el derecho a la vida en algunos casos particulares podría no ser protegida en ningún momento de su transcurso.

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (CADH).

Todo niño tiene derecho a la vida (CDN).

Consecuentemente, todo ser humano -que es persona desde el momento de su concepción (CADH)-, tiene derecho a la vida (CADH; DADH), que es inherente a la persona humana (CP y DDCyP), y al reconocimiento de su personalidad jurídica (CADH; DUDH). El niño como ser humano (CDN) es

persona desde el momento de su concepción (CADH), tiene derecho a la vida (DADDH, CADH y CDN) que le es inherente (PIDCyP) y al reconocimiento de su personalidad jurídica (CADH; DUDH).

A su vez, la DUDH utiliza el término individuo como sinónimo de ser humano y de persona (arg. arts. 1, 2 y 3, en particular y ss.).

La reserva hecha por nuestro país a la CDN en rigor ya se encontraba vigente en función de las Convenciones anteriormente suscriptas a las que se hizo referencia.

XII. En el Convenio Europeo por la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscripto en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (España lo hizo el 24 de noviembre de 1977) se estableció en su art. 2º: "1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena". Aquí advertimos un importante recorte.

XIII. La Constitución nacional, incorporó, con excepción de la última, todas las convenciones y declaraciones mencionadas en calidad de normas que "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera

parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", en el art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada en Santa Fé el 22 de agosto de 1994. Asimismo dispuso en el inciso subsiguiente (23) del mismo artículo (75) "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización el período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

Surge del texto transcrito la necesidad inexcusable de proteger al niño en situación de desamparo, durante todos los tramos del embarazo de la madre. A la vez cabe resaltar que éste importantísimo dispositivo constitucional consagra claramente con caracteres de originalidad la independencia de personalidad del niño respecto de su madre, de cuyo cuerpo a la luz de esta norma puede afirmarse sin dudas que no forma parte. Queda así notoriamente superado el retrógrado concepto que del

concebido tenían antes del nacimiento los romanos, al considerarlo "mulieris portio vel viscerum". Se trata de dos personas distintas, enfatizándose el deber de protección del niño, por encontrarse éste en la máxima situación de desamparo que puede concebirse en casos como el que se presenta en autos, donde su propia madre pretende provocar su muerte, siendo que irónicamente ella debería constituir su mejor cobijo y fuente de protección.

XIV. La Provincia de Buenos Aires, también reformó su Constitución sancionando un texto ordenado con fecha 13 de septiembre de 1994, el que en su art. 12 expresa: "Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 1) A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural ...", y en el 36 dice: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: ... 2) De la niñez. Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos".

XV. Otras Provincias han hecho lo propio respecto de la protección de las personas desde su concepción,

incluyendo las cláusulas respectivas en sus textos constitucionales. Pueden citarse los casos de Catamarca (art. 65), Córdoba (art. 19), Chubut (art. 18), Chaco (art. 15, sexto párrafo), Salta (art. 10), San Luis (art. 13), Santiago del Estero (art. 78), Tierra del Fuego (art. 14) y Tucumán (art. 35).

XVI. Son muchos otros los países europeos y americanos que, con parecidas fórmulas consagran el derecho a la vida. Así, la Constitución Peruana de 1993, art. 2: "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida... El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece". La hondureña de 1982, art. 65: "El derecho a la vida es inviolable". Art. 67: "Al que está por nacer se lo considerará nacido para todo lo que lo favorezca dentro de los límites establecidos por la ley". La de Chile, de 1980, en su art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: 1. El derecho a la vida... La ley protege la vida del que está por nacer". La de Colombia, de 1991, en su art. 11: "El derecho a la vida es inviolable". La de Venezuela, de 1961, con igual texto en su art. 5. La de El Salvador, de 1983, en su art. 2 dice que: "Toda persona tiene derecho a la vida y a ser protegida en la conservación y defensa de la misma". La de Costa Rica, de 1949, en su art. 21: "La vida humana es inviolable". Mandas similares encontramos en las Constituciones de Ecuador (art. 25, tercer párrafo) y

Guatemala (art. 31).

Entre los países europeos, mencionaremos la Constitución española, que en su art. 15 expresa: "Todos tienen derecho a la vida...". Texto que repite inalterado la Constitución alemana, en su art. 2. La Constitución de Portugal de 1992 en su art. 24: "La vida humana es inviolable". La de Irlanda, de 1937, en su art. 40 inc. 2º consagra el "derecho a la vida", al igual que la de Rumania, de 1991, en su art. 22 inc. 1.

XVII. Finalmente, en materia de textos normativos, señalamos el art. 63, del Código Civil que preceptúa: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". En la nota respectiva Vélez adoctrina: "Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar. El art. 22 del Cód. de Austria, dice: 'Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero'. Lo mismo el Cód. de Luisiana, art. 29 y el de Prusia, 1ª. parte, tít. 1, art. 10...".

XVIII. Si bien en algunos casos se hace referencia a la persona, a la persona humana, al individuo, al niño, o a todos, **lo que queda en claro es que el sujeto pasivo de la**

protección es TODO SER HUMANO, o si se quiere TODO EL GENERO HUMANO, sin distinciones de ninguna clase.

XIX. Por cierto que la extensión explicitada en muchas situaciones al concebido, al conceptus o nasciturus actúa como parámetro interpretativo de cuáles son los extremos que delimitan la vida humana como objeto de la tutela jurídica, como bien jurídico tutelado. Uno de ellos, el momento de la concepción, es decir cuando uniéndose los elementos reproductores femenino y masculino originan un nuevo ser, un ser que comienza a desarrollarse, pero que ya existe en acto. El otro, el momento de la muerte, es decir cuando por la acción de la naturaleza cesa la vida, y queda el cuerpo muerto de una persona, su cadáver, como residuo orgánico en descomposición, sin posibilidad alguna de revertir esa situación.

Siendo el ser humano el objeto de la protección, necesario es que reconozcamos las etapas que el mismo atraviesa durante su existencia, porque en todas ellas le cabrá una protección idéntica, ya que idéntico es el substractum que genera, más allá de las modalidades que puede alcanzar en cada caso, con adecuación a las circunstancias que lo rodean.

La continuidad del proceso biológico a partir de la formación de esa realidad única que es el cigoto determina que no podamos arbitrariamente establecer diferencias

entitativas en el ser ya engendrado.

Y en todo caso, si mediara alguna duda sobre la existencia de vida del por nacer -que pareciera no haberla en la totalidad de las opiniones vertidas en el expediente-, a la luz de las tendencias universales reflejadas en las convenciones y textos normativos constitucionales o infraconstitucionales, no cabe resolverla, sino a favor del derecho del nasciturus a la vida.

No deben caber vacilaciones en consagrar, como principio esencial del derecho y en particular del derecho a la vida, la vigencia irrestricta del principio in dubio pro vida (como tuviéramos oportunidad de propiciar en sendas ponencias presentadas ante el IX Congreso Mundial de Derecho de Familia, celebrado en la ciudad de Panamá en 1996 y las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en la ciudad de Buenos Aires, entre el 25 y 27 de setiembre de 1997).

XX. En el caso concreto que aquí se somete a decisión judicial, la Sra. A. K. C. P. d. P. , por derecho propio, con la anuencia de su esposo y ambos en representación de sus dos hijos menores, solicita que se le conceda autorización judicial para interrumpir el embarazo que cursa a tenor del delicado estado de salud que presenta y que se vería seriamente comprometido -con riesgo de muerte-

de continuar avanzando la gestación y específicamente en el momento del parto. Requiere asimismo que se le permita practicar ligadura tubaria a fin de evitar futuros embarazos (fs. 128/133).

Esta acción enfrenta el derecho a la salud de la madre que -según alega- se encuentra afectado gravemente por el embarazo cuya interrupción busca concretar con la venia judicial y el derecho a la vida de la persona por nacer.

Observo que se colocan así en pugna dos intereses que aparecen como contrapuestos, cuando en rigor -como lo anticipáramos al comienzo de este voto- debe procurarse ante todo su armonización.

Se pretende de este modo alterar un proceso natural sólo en beneficio de la madre, sin ponderar debidamente el interés superior del niño por nacer (conf. arts. 75 inc. 22, Const. nac.; 3 parágr. 1 y reserva formulada por nuestro país al art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño).

Tal como hemos sostenido en oportunidad de ensayar un cotejo entre los distintos intereses que pueden confluir con motivo del acontecer humano (cfr. "El interés superior del menor ¿es superior a todo otro interés?", ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza del 20 al 24 de setiembre de 1998, libro de ponencias de la Comisión II, El niño como

sujeto de derecho, págs. 1/24) si bien otorgamos en principio prelación al interés familiar por sobre el del menor y a éste respecto del particular, "de ninguna manera sacrificamos al individuo en el altar de la humanidad", siendo por otra parte que "en rigor todas las instituciones jurídicas deben estar al servicio del sujeto y su dignidad -por lo que también la familia debe inscribirse en esta sustancial dirección-, posibilitando la realización del ser humano como sujeto plenamente autónomo y capaz de elegir con absoluta libertad su destino personal".

Hemos establecido como pauta esencial que "cabe tener en cuenta de todos modos que si el avance sobre el interés inferior es desmesurado, la estructura total se resiente. Por ende debe procurarse alcanzar un equilibrio que requiere el análisis completo de cada caso, siendo desaconsejable la aplicación de criterios extremadamente rígidos. Los conceptos de interés general, interés familiar e interés del menor ostentan una estabilidad en ocasiones relativa, en tanto deben ser consagrados, analizados y revisados a la luz de las circunstancias culturales propias de un momento histórico y espacial determinado, y en particular dentro de un marco fáctico específico, como asimismo, de los progresos alcanzados por el conocimiento y las instituciones sociales y jurídicas. Aún considerados en una configuración estática se trata de conceptos

susceptibles de variaciones conforme las especificidades que rodean el supuesto de que se trate".

No vamos a rehuir el profundo dilema que plantea el pensamiento de que "defender la primacía de la vida no supone ignorar ni hacerse insensible al dramatismo y sufrimiento de algunas situaciones. Es muy fácil valorar desde fuera, cuando no se experimenta en sí mismo la angustia de la conflictividad" (López Azpitarte, Eduardo, "Ética y vida. Desafíos actuales", Ed. Paulinas, Madrid, 1990, p. 137 y ss.; cit. por Pedro F. Hooft, "La Bioética y el Derecho...", "Jurisprudencia Argentina", 6242 del 18-IV-2001).

Cuando uno experimenta en sí la angustia de la conflictividad, máxime cuando ésta afecta los derechos de otra persona, no se está por cierto en las mejores condiciones para valorar objetivamente la materia de que se trata.

Es precisamente en esas circunstancias que cabe a un tercero competente para ello sin prescindir de la ponderación de esas humanas emociones resolver con prudencia y equidad la solución del tema.

XXI. El fallo dictado encuentra apoyatura -y por ende sustenta la validez de la norma- en el art. 86 inc. 1° del Código Penal. Se hace necesario analizar esta circunstancia.

Podemos leer en el voto de la Dra. Almeida (fs. 198 vta./199) que "el legislador definió la colisión entre ambos bienes jurídicos, optando por la vida de la madre (...). En esta misma línea convergieron los constituyentes del año 1994, pues no recepcionaron constitucionalmente la penalización del aborto voluntario ni cuestionaron el actual sistema penal".

Más allá de la deficiente técnica jurídica que hubiera supuesto involucrar en el texto constitucional normas como las que se pretende debieron dictarse, resulta claramente que ello no era necesario a partir de la incorporación en esa misma Convención Constituyente de textos internacionales referidos a derechos humanos, de directa operatividad en casos como los que nos ocupan y que protegen categóricamente la vida humana cualquiera sea su estado o condición tal como se reseñara *supra*.

Ante este nutrido plexo normativo, resulta inviable la pauta penal que ha sido aplicada en estos actuados dada la tácita derogación por la adopción de los concluyentes principios ya detallados.

"Cuando nuestro estado se hace parte en un tratado que discrepa con una ley anterior -dice Bidart Campos- nos hallamos ante un caso típico de ley que, sin ser originalmente inconstitucional al tiempo de su sanción, se vuelve inconstitucional posteriormente al entrar en

contradicción con una norma ulterior (tratado), que para nosotros reviste jerarquía superior a la ley. Hay quienes dicen, en ese caso, que más que de inconstitucionalidad sobreviniente, hay que hablar en la hipótesis de 'derogación' de la ley anterior por el tratado posterior que la hace incompatible con sus disposiciones" (cfr. Manual de la Constitución Reformada, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 413).

Los dispositivos individualizados de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional arriba citados, revisten operatividad plena por lo que no pueden ser soslayados en su aplicación, sin incurrir por ello en responsabilidad internacional.

En efecto, el derecho de marras está declarado en normas operativas, carácter que debe presumirse, a menos que la índole programática de la norma se desprenda de la misma, lo que entendemos no acontece en la especie (conf. Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. III, Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución, EDIAR, Bs. As., 1989, p. 128).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido al respecto que ello es así "porque en todo caso, la inexistencia de reglamentación legislativa tampoco obstaría a su protección pues en materia de derechos humanos ello no

es requisito indispensable (Fallos 239:459 y 241:291, entre otros)" (Fallos 317:247, consid. 14 de la mayoría).

En un mismo orden de ideas, "debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos a que ese tratado contemple, siempre que -como en el presente- contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso" (Fallos 315: 1492, consid. 20 del voto de la mayoría).

Por otra parte, y aún cuando así no se lo considerase, 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 (vgr. art. 2 de la 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 la leyes, se advierte claramente la inclusión de sentencias.

Entonces de ello se sigue que "los estados parte se

obligan a que sus sentencias... provean a la aplicación de los pactos, reconociendo, garantizando y facilitando el ejercicio y el goce de los derechos que ellos declaran. En suma, los tribunales judiciales son órganos del estado, y sus decisiones son actos de poder estatal vinculados por el tratado. Subyace en esta idea la de que si, acaso, un estado no adopta las medidas legislativas necesarias a que queda obligado, otras medidas de otro carácter, como las sentencias, tendrán que remediar la omisión, suplir la ausencia de la ley, o conferir funcionamiento por sí mismas a las normas de los tratados" (Bidart Campos, Germán, opus cit. p. 129/130).

En definitiva, valga la pena reiterarlo, las prescripciones internacionales antes señaladas son de aplicación directa e ineludible en autos.

Queda así desplazada por su manifiesto antagonismo con las normas constitucionales la aplicación de la figura del art. 86 inc. 1° del Código Penal.

XXII. Para concluir, observo que la elección de la vía procesal para canalizar esta pretensión -la de las medidas autosatisfactivas, fs. 154 y 194- resulta manifiestamente improcedente.

Considero que frente a una cuestión donde se pone en juego nada menos que el derecho precípua a la vida de las personas, no se puede resolver un planteo que reviste

tamaño entidad y trascendencia dentro del particular y estrecho marco que presta este instituto, no receptado legalmente en nuestro medio y que exhibe ribetes harto cuestionables a la luz del derecho de defensa protegido por la Constitución tanto nacional como de la Provincia.

Mucho más cuanto lo así decidido, de resultar definitivo y adquirir consecuente firmeza, deviene de ejecución inmediata generándose -en la hipótesis de resolverse la solicitud favorablemente a la peticionante- una situación de gravedad inusitada (muerte de una persona por nacer derivada del aborto) con caracteres de irreversibilidad e irreparabilidad, sin que haya mediado adecuado y amplio ejercicio del derecho de defensa.

XXIII. Por todo lo expuesto, oída la señora Procuradora General, y dejando a salvo mi criterio de que la competencia para decidir en el presente caso es del profesional médico, cuya responsabilidad en la toma de tal decisión será la misma que en cualquier otro caso sujeto a su decisión, entiendo que debe hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley intentado y revocarse la decisión en crisis, declarándose además que el Estado se encuentra obligado a prestar a la actora y a su hijo por nacer TODAS las medidas terapéuticas que resulten acorde a las patologías que presenta la primera y sean de uso de acuerdo con la **lex artis**.

Con este alcance voto por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. Son innegables las connotaciones que, desde todos los ángulos, presenta el supuesto en juzgamiento. Conceptos filosóficos, bases morales, creencias religiosas y valoraciones éticas confluyen con lo jurídico y se entrecruzan en sentidos diversos, pudiendo teñir de subjetividad la solución a que se arribe. Es propósito del suscripto resolver el tema conforme a derecho, con arreglo a las normas procesales, sustanciales, constitucionales y supranacionales que nos rigen, dejando de lado vivencias, estados de ánimo y preferencias personales. Ponderando ciertamente los valores en juego, en particular el derecho a la existencia, salud y dignidad de toda persona, mas sin que esa labor se opaque por la influencia del conjunto de creencias, actitudes e ideales que configuran el modo de ser propio de este juzgador. Como ser humano tengo derecho a formular elecciones profundamente individuales en materias tan sensibles como las de autos. Como juez, sin embargo, me encuentro inexorablemente obligado a fallar según honestamente estime que así lo impone la plenitud del sistema jurídico vigente.

Un juez debe resolver solo aquellas causas que le sean propuestas dentro del ámbito de su competencia; además su

pronunciamiento debe estar justificado racionalmente, y -por último- alguna de esas razones o justificantes debe ser una norma jurídica. Ello, traído a esta causa, genera de manera inmediata tres problemas cruciales: el primero se asienta en la competencia y aptitud de esta Corte (o de cualquier tribunal de justicia) para ocuparse del tema; el segundo, si existen normas o principios en nuestro orden jurídico que sean aplicables a la situación de hecho que nos ha sido traída y, en tercer término, si en autos se ha dictado una resolución legítimamente fundada (o si, como se sostiene en el recurso extraordinario deducido), se ha violado o aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal.

II. Es prioritario ocuparnos del primer problema: el de si compete a este Tribunal (y en origen, al de Familia) abocarse a esta cuestión. La señora Juez de trámite, en el considerando IV (fs. 160), sostiene que en los casos de aborto terapéutico no se requiere autorización alguna para llevarlo a cabo, bastando que se acredite un estado crítico de salud de la embarazada que la coloque en peligro cierto de muerte si continúa la gestación, las opiniones coincidentes de médicos diplomados y el consentimiento de la madre. Agrega más: *"el caso ... se halla en el terreno de lo lícito; y como la norma citada (se refiere al Art. 86, inc. 1°, del Cód. Penal) no impone ninguna autorización previa por parte del Estado para practicar el aborto*

terapéutico, la venia judicial peticionada sería jurídicamente inocua." En otras palabras, la conclusión sería que, en realidad, la traída no constituye una cuestión justiciable ni resulta objetivamente proponible.

Tales asertos (cualquiera fuera nuestro acuerdo con ellos) son relativizados cuando, a renglón seguido, (fs. 160 vta.), la misma jueza arriba a una conclusión opuesta inclinándose por otorgar la autorización. Aún cuando sus referencias probablemente sean verdaderas, (la condición económica de la actora), carecen en rigor de atingencia con el problema de la aptitud jurisdiccional o de la necesidad de que la jurisdicción tenga que expedirse emitiendo una autorización como la solicitada.

Apartándome de tales argumentos, coincido sin embargo con su resultado: esta Corte (como antes el Tribunal de Familia) se ve en la necesidad de entender en el expediente que llega a sus estrados. Como se apreciará infra, la hipótesis en juzgamiento se encuentra en el terreno de lo permitido porque así se desprende -y se intentará demostrar- del conjunto de normas y principios aplicables. De lo que se sigue que los profesionales de la medicina estuvieron en condiciones **per se** de asumir la problemática y resolverla en forma directa. Sin embargo se han negado a hacerlo requiriendo un plus, la autorización judicial, generando así un complejo supuesto en el que, a la postre,

los protagonistas principales -madre y ser en gestación- quedarían sin respuesta si judicialmente no mediare pronunciamiento.

Los sistemas procesales y, en su aplicación, los órganos jurisdiccionales, deben adecuarse a la especificidad de los conflictos que les toca resolver, formulando una imprescindible supeditación de los medios a los fines. Existe un verdadero principio de utilidad del proceso porque es en extremo deseable que lo actuado rinda algún fruto concreto a quien -bien o mal- llegó a los tribunales en la desesperada búsqueda de una solución para el gravísimo problema vital que lo aqueja, a la vista de la superlativa importancia de los intereses en juego, el acuciante transcurso del tiempo y la urgente necesidad de tomar una resolución, aunque la misma desborde los cánones procesales o se aparte de la ortodoxia recursiva.

Persistir a esta altura en la perspectiva de la pureza de los conceptos discurriendo sobre la inutilidad de pronunciarse en un terreno que no registra prohibición, arribando por tanto a la conclusión de que no ha sido necesario excitar a la jurisdicción para obtener una autorización que los propios médicos podían suplir mediante la reunión de determinadas circunstancias, y quedándose solamente en ello, importaría ahora tanto como mirar a un costado. Porque esos médicos, por las razones loables o

mezquinas que fueren, han entendido conveniente incorporar un ingrediente que el conjunto de reglas que disciplinan el ejercicio de su profesión no exige -la autorización judicial-, lo que ha repercutido penosamente en el ámbito de la aquí demandante planteándole un verdadero estado de necesidad.

III. La sentencia recurrida, (fs. 192/200), ha dispuesto mantener y confirmar la resolución dictada por la señora Juez de trámite, salvo en lo que respecta a su ejecución inmediata. En lo pertinente, la parte dispositiva de aquel decisorio luce a fs. 161 vta., y dispone: "1º) Declarar respecto del pedido efectuado por la Sra. A. K. C. P. , con la conformidad de su cónyuge Sr. P. , que se encuentran facultados los profesionales correspondientes para realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la nombrada, cuya gestación lleva más de doce semanas, conforme las reglas de la lex artis".

El señor Defensor interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el cual denuncia la infracción de las normas que menciona a fs. 210 vta., articulando diversas motivaciones cuyo tratamiento será abordado en orden distinto al propuesto.

IV. En primer lugar, el señor Defensor se instala en el marco que la propia sentencia ha delineado, esto es, en

la figura del aborto terapéutico aprehendido en el art. 86 inc. 1° del Código Penal. Y en ese andarivel, denunciando el quebrantamiento de dicha norma como también la violación del art. 384 del CPC, enuncia su protesta de que no se ha acreditado que exista peligro para la vida o la salud de la madre, y que este peligro no pueda ser evitado por otros medios distintos a la interrupción del embarazo.

Se hace necesario verificar, en primer lugar, la atingencia del marco jurídico así individualizado. En el capítulo I de este voto hemos indicado precisamente la existencia de varios problemas. El primero, ya tratado, es el de la aptitud de la jurisdicción para expedirse en el caso, concluyendo en que si bien los médicos pudieron y debieron actuar por las suyas sin necesidad de requerir autorización alguna, esta última se hizo necesaria precisamente ante la falta de acción de aquellos. Los restantes remiten a esclarecer si la sentencia se encuentra legítimamente fundada, lo que requiere inexorablemente la dilucidación del interrogante acerca de si existen normas o principios en nuestro orden jurídico que sean aplicables a la situación de hecho que nos ha sido traída, y en su caso en qué consisten.

V. Parece claro que, en nuestro ordenamiento jurídico, no hay norma específica, -sea texto de la ley de fondo o camino de tipo instrumental en el régimen procesal-, que

regule concretamente la situación. No está previsto cómo ha de actuarse en el caso de que una mujer acuda a solicitar una venia del juez a los fines de que, sobre ella, profesionales médicos lleven a cabo una práctica abortiva, partiendo de la negativa de los facultativos para materializarla en forma directa.

Podría sostenerse, sin demasiado esfuerzo, que tal normativa sería superabundante, o que se encuentra indirectamente concretada en el marco pertinente del Código Penal, o abarcada en manera genérica con las reglas de las medidas cautelares o, en fin, las del amparo. Pero lo cierto es que, *stricto sensu*, no hay una norma explícita que regule esta situación fáctica.

A pesar de esa falta de normativa de fondo y de regulación de la vía procesal correspondiente, tanto en la resolución primera de la señora Juez de trámite, como luego en la sentencia del Tribunal que se ocupa de la reposición intentada, y al igual que en los recursos presentados ante esta Corte, se cita insistentemente el art. 86, inc. 1º, del Código Penal, y se busca amparo en reconocidos tratadistas de esa rama del derecho (Soler, Núñez, Donna, etc.).

Pero, ¿es estrictamente aplicable el art. 86, inc. 1º, de la ley penal al caso de autos?. La respuesta que surge en forma inmediata es que no. Se trata de situaciones

totalmente diferentes: 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.

Si seguimos desprendiendo conclusiones, corolario inmediato de entender como no aplicable el art. 86 del Código Penal sería declarar que el recurso extraordinario deducido, desde que ataca la manera en que se actuó una norma que no resultaba aplicable, debe repulsarse por insuficiente. Y esto nos llevaría al comienzo: devolver las actuaciones declarando que la demanda debió ser rechazada en forma inmediata a su presentación, porque los jueces no pueden juzgar sino conductas ya ocurridas, y en la medida en que éstas pudieran constituir un ilícito, con la aclaración de que los profesionales médicos tenían el deber de actuar según lo recomienda su ciencia. Y que, para el

caso de haberse negado a hacerlo, desde que forman parte de un hospital público, su actuación pudo exigirse mediante el amparo respectivo.

Tal conclusión, sin embargo, aunque pudiera resultar útil para resolver la impugnación traída o como regla para casos futuros, en este supuesto concreto resulta escueta e ignora una realidad apremiante: una mujer, junto a su familia, llegan al Tribunal a buscar una respuesta a un conflicto terrible. La falta de una reglamentación específica y una serie de enredos (provocados por temores de unos y otros), junto al inexorable transcurso del tiempo, exigen que seamos nosotros quienes debemos resolver (y, además, que lo hagamos en tiempo razonable, según dispone el art. 15 de la Constitución provincial).

Y para hacerlo, debemos fundar tal resolución (denegatoria o no) en una norma que no solo no existe, sino que -además- no tendría por qué existir, en tanto el art. 86 del Código Penal conserve su vigencia en los términos que hemos expuesto más arriba. Por supuesto que surge de forma inmediata, con la fuerza de una tentación, el declarar que se trata de una laguna del derecho, para luego poder completar ese espacio vacío de juridicidad con las reglas que nuestra razón dicte. Sin embargo, en puridad de términos, tampoco existe tal laguna: la conducta, en el caso de haberse llevado a cabo, no es punible (ergo, se

halla autorizada).

Entonces, 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, del riesgo pendiente y acrecentándose, de la necesidad de que el proceso judicial sirva, en suma. 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. En todo caso, esta es la vía que nos indican tanto el art. 171 de la Constitución provincial como el art. 16 del Código Civil.

En esta tarea de integración y armonización de normas deberán tenerse en cuenta algunos recaudos y elementos sustantivos y otros formales. Entre estos últimos, resulta relevante que se haya dado participación a todos los interesados, incluyendo al *nasciturus* -lógicamente mediante representante- y a los profesionales médicos. Resalto aquí la necesidad de la intervención del padre biológico (juzgada sin exigencia legal en la sentencia), porque su interés en la suerte de su hijo no nato es evidente.

De todas maneras, como ya lo dije, considero que estos extremos (que representan garantías constitucionales), en el caso se han cumplido: el por nacer ha sido representado

no solo por un Defensor Oficial que ha actuado como su tutor *ad litem*, sino también por el Asesor de Incapaces; y si no se produjo la prueba que alguno de ellos ofreciera, lo ha sido porque el juez (en los términos del art. 362 y 377 del C.P.C.C.), en uso de facultades que le son propias, las ha considerado superfluas y tal resolución resulta irrecurrible. A su vez obra el consentimiento de ambos progenitores (huelga aclarar que la oposición del padre, de todas maneras, no hubiera sido definitiva), y los profesionales de la salud han informado suficientemente sobre los peligros corridos en la salud de la mujer de continuar su estado de gravidez.

En cuanto a los recaudos sustantivos, el primero -sin duda- es el respaldo y ratificación del derecho a la vida, protegido desde el momento de la concepción hasta la muerte natural (art. 12.1 de la Constitución de la Provincia, art. 70 del Código Civil y las muchas normas del derecho supranacional a las que luego haré referencia). Con ser el primero de los elementos a considerar y -sin duda- el más importante, sin embargo, su aplicación en este caso resulta controversial, porque no indica la vida de quién es la que ha de ser protegida.

En todo caso, de existir una aberrante balanza en donde sopesar vidas, ésta podría tal vez inclinarse a favor de la madre por su instalación en el mundo y porque de ella

dependen otros hijos (también menores, también inocentes) y creo que esa sería una razón que habría que computar al momento de efectuar preferencias. Para menguar el tamaño espanto que esta elección provocaría en cualquiera, me queda por pensar que, si no se actúa, si se permite que el embarazo siga su curso, se corre el peligro cierto de perder no ya una vida, sino las dos involucradas, y esto seguramente sería un mal mayor.

Otros elementos que propongo considerar para concebir una regla que permita justificar jurídicamente esta decisión, provienen de preceptos diseminados en el orden jurídico y tienen que ver con reglas del más alto grado ("*... promover el bienestar general...*" reclama el Preámbulo); con preceptos de la deontología médica (arts. 19, 20 y concdts. del D. L. 17.132); con el propio art. 86 inc. 1° del Código Penal tantas veces citado; con la más reciente noción de consentimiento informado (superadora del mero discernimiento exigido en la ley civil para los actos comunes); con los avances científicos, su posibilidad de formular evaluaciones con certeza y los límites que no pueden ser sobrepasados (puesto que configuran una fuente material del derecho y un eficaz asistente a la hora de una interpretación objetiva), y -por supuesto- con los principios jurídicos de la legislación vigente y aún con los principios generales del derecho (art. 171 de la

Constitución local).

A ello debo agregar que evalúo también recomendaciones y modelos propuestos por reconocidas autoridades de la iusfilosofía, la teoría general de la interpretación y la bioética. Sin embargo, estamos resolviendo en horas. Nos apuran los tiempos como para considerar si es el presente uno de los *hard case* de Dworkin y si debe recurrirse a sus principios y en qué términos hacerlo; si son útiles las recomendaciones de Neil Mac Cormick para tomar una decisión correctamente fundada y si se está cumpliendo con ellas; si logramos, en fin, la concreción del dinámico equilibrio del plexo de valores que nos legara Carlos Cossio, o si se realizan en el caso los valores reconocidos por la bioética.

La regla que ha de fundar mi decisión resulta la que estimo corresponde para este caso concreto, cuyas particulares circunstancias requieren de inusual premura (la peticionante atraviesa la vigésima semana de su embarazo), lo que impide cualquier afán doctrinario. No obstante ello, no puede ocultarse la incidencia futura que esta solución, regla o máxima armada con elementos dispersos del sistema, depare para casos similares, en jueces y profesionales de la medicina y en los cursos de conducta a seguirse por parte de médicos y tribunales.

A partir de tales bases, una buena regla para decidir

la cuestión, obtenida mediante lo que creo es la recta razón y que es posible inferir de los distintos principios de la materia que colman el sistema, deberá establecer: 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 debidamente informado de ambos progenitores, debiendo ser aprobada la decisión por una junta médica de por lo menos tres miembros, uno de cuyos participantes deberá ser especialista en la afección que da origen a la solicitud, y llevarse a cabo por un especialista competente.

Esta regla, como fácilmente se advierte, reconoce como fuente a lo prescripto por el art. 86, inc. 1° del Código Penal. Pero también han sido sus nutrientes el Capítulo 28 del Código de Ética para el Equipo de Salud 2001 de la Asociación Médica Argentina (en colaboración con la Sociedad Argentina de Ética Médica); los arts. 63 y 64 del Código de Ética de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires, la Declaración de Oslo (Manifiesto sobre el aborto terapéutico, Noruega, 1970), por citar las más importantes.

VI. Hasta aquí solamente hemos avanzado en la identificación del problema, en la coincidencia con el

fallo recurrido en cuanto a que ha sido menester propio del órgano jurisdiccional resolverlo ante la inoperancia de los profesionales médicos a quienes cabía afrontar directamente la situación, y en el esbozo del marco jurídico aplicable, proveniente de distintos vectores del ordenamiento, conformando una regla o norma aplicable al caso, en los términos expuestos en el apartado anterior.

Esa norma o regla, como se ha visto, se nutre -entre otros preceptos- del art. 86 inc. 1° del Código Penal, delineando un marco referencial o pauta idónea como para colocarnos ahora en condiciones de verificar lo que denuncia el recurrente, esto es, la no justificación en el caso de los extremos necesarios para materializar la práctica abortiva.

1. El primero de los requisitos (contemplado tanto en la sentencia, en el recurso, como en la regla que nos hemos permitido esbozar), está dado por la existencia de peligro para la vida o la salud de la madre. Pocas palabras se requieren para desestimar este tramo del alzamiento a la vista de las constancias de fs. 6, 7, 8 y 9, todas y cada una de las cuales ilustran suficientemente sobre el serio riesgo de mortalidad que existe. Se trata de certificaciones emanadas de profesionales de la medicina del Hospital Interzonal General de Agudos "Evita", de Lanús, cohonestadas con las historias clínicas que obran de

fs. 17 a fs. 110. A este respecto, la autenticidad de tales instrumentos públicos, (art. 979 inc. 2° del Código Civil), no puede ser controvertida por la simple negativa. (art. 393 CPC.). A lo que se agrega la comparecencia personal y directa de los médicos en audiencia celebrada a fs. 140 y vta., en donde concluyen en análogo diagnóstico.

2. La segunda de las exigencias consiste en que aquel peligro no pueda ser evitado por otros medios (como no sea el aborto). Aquí reside el principal sustento del recurso desde que en él se sostiene que los dictámenes médicos en todo caso determinarían el riesgo existente mas no la inexistencia de opciones alternativas a la interrupción de la gestación. Expresa que se le ha impedido de producir pruebas que acrediten tal circunstancia, incurriendo el fallo que la tiene por cumplimentada en absurdo y arbitrariedad.

3. Hemos de detenernos en los aludidos certificados y manifestaciones médicas, pues la arbitrariedad y el absurdo denunciados y la particular naturaleza de esta litis imponen su consideración.

Es cierto que de tales constancias no se desprende con características de solemnidad una afirmación absoluta, categórica, tajante, rotunda y terminante en el sentido de que el único medio idóneo para superar el peligro existente sea la interrupción del embarazo. La propia naturaleza de

las cosas impide semejante estrictez porque no es la medicina una ciencia exacta. Pero aún sin expresarlo con aquellos rasgos de formalidad, a fs. 7 se alude a que "es aconsejable interrumpir el embarazo", citándose en tal sentido las recomendaciones que la Sociedad Europea de Cardiología establece para el manejo de pacientes con embarazo y enfermedades cardiovasculares. De su lado, el Comité de Bioética del Hospital Evita considera que no existiría objeción ética a una conducta activa como la indicada. (fs. 9). Y los médicos asistentes a la audiencia de fs. 140 indicaron que "la sugerencia de practicar la interrupción del embarazo, en este caso, es una respuesta institucional interdisciplinaria hospitalaria, sanitaria y judicial", agregando en relación a la solicitud de autorización de la actora para realizar dicha práctica que "debe brindársele ante el grave cuadro que la misma presenta". (fs. 140 vta.).

En esas condiciones, reiterando que la ciencia médica está imposibilitada de predecir en forma exacta lo que hace a su contenido, si los médicos entienden que la interrupción del embarazo es "aconsejable", descansa en recomendaciones científicas, constituye una respuesta interdisciplinaria y, en fin, que debe brindarse la autorización, no quedan dudas en mi ánimo que ese conjunto conduce a tener por acreditada la inexistencia de otros

medios que pudiesen evitar el peligro. (art. 384 CPC).

Porque si los hubiera así lo habrían exteriorizado pues a ello venían obligados en función de lo dispuesto en el decreto ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina. En particular, en el art. 17 se contempla la expedición de certificados y, con carácter analógico cabe extender lo que resulta de la prohibición contenida en el inc. 18 del art. 20: los profesionales de la salud están impedidos de practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores.

4. Hemos de acudir a la sentencia a fin de verificar cuanto antecede y la manera en que ha sido considerado el punto, apreciándose en primer lugar, en el voto del doctor Imperiale, una remisión expresa y puntual a la opinión de los médicos que comparecieron a fs. 140, recordando que los mismos han expresado que "la sugerencia de practicar la interrupción del embarazo, en este caso, es una respuesta institucional, interdisciplinaria, hospitalaria y judicial y que consideran que debe brindársele la autorización ante el grave cuadro que la misma presenta". (fs. 193 y vta.).

De su lado, la segunda votante doctora Almeida, sin perjuicio de adherir al primer voto, expone "..que se encuentra fehacientemente acreditado...c) que su situación

de salud no puede resolverse de otro modo, pues la propia gestación aumenta el riesgo vital por la cardiopatía severa que presenta" (fs. 199 vta.).

La doctora Vicente, finalmente, adhiere a los jueces preopinantes, resultando oportuno acudir a su pronunciamiento como juez de trámite, confirmado por el pleno del Tribunal, en donde se desarrollan una serie de consideraciones, con apoyo en la doctrina médico legal, a cuyo tenor el hecho de que el peligro no pueda ser evitado por otros medios "no significa intentar todos los medios antes del aborto, sino que el criterio elegido como única posibilidad de éxito sea el aborto, es decir, que se ha evaluado cada una de las posibilidades terapéuticas y se ha elegido el aborto porque los otros medios no alejarían el peligro". (fs. 159 vta.). Previamente había recordado que "la práctica sugerida se fundamenta en las recomendaciones que la Sociedad Europea de Cardiología establece para el manejo de pacientes con embarazo y enfermedades cardiovasculares" (fs. 157 vta.).

5. El cotejo precedente permite afirmar que la sentencia ha encontrado, en el caso, que no existen medios alternativos para remontar el peligro, con lo que en este voto se ha coincidido al efectuar la evaluación de las constancias médicas.

Frente a ello, el recurrente ha desarrollado una labor

mediante la cual afirma, enuncia, postula y predica que aquel extremo no está reunido. Dice que no ha sido acreditado. Sin embargo, se abstiene de considerar, siquiera mínimamente, los puntos concretos que aquí se han examinado y dan soporte al fallo. No realiza la crítica de tales soportes, no expresa las razones por las cuales los aludidos fundamentos serían incorrectos o improcedentes. Es su sola discrepancia. Y al aludir al absurdo incurre en similar déficit. Expresa que lo hay pero no señala en dónde radica, en cuál pasaje queda evidenciado y de qué modo han sido infringidas las reglas de la lógica o ha tenido lugar una apreciación disparatada o incoherente de las pruebas.

Esta actitud recursiva conforma insuficiencia por incumplimiento a las exigencias establecidas en el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial.

6. Un segundo flanco de ataque contiene el recurso y se refiere a la desestimación por el Tribunal de las pruebas que había ofrecido el señor tutor ad litem. Me inclino por el rechazo de este agravio pues la valoración que hiciera el aquo, calificando como superfluas tales medidas en el marco de lo dispuesto en el art. 362 del CPC, no se observa como teñida de ilogicidad, incoherencia o desarreglo, en atención a las particularísimas circunstancias de la causa. Dicho en otras palabras, no hay absurdo ni tampoco arbitrariedad al respecto, en la medida

en que los datos que ya obraban en el expediente se consideraron -y fueron- suficientes como para contar con un panorama certero sobre la existencia del riesgo y la falta de otros caminos alternativos, en lo que por mi parte he coincidido (ver acápite 3, precedente).

La supuesta violación a la garantía de la igualdad tampoco está presente. Nada tiene que ver dicha prerrogativa, ni el deber consagrado en el art. 34 inc. 5, ap. c del CPC, con el hecho de que en ejercicio de la debida ponderación, los magistrados entiendan innecesaria determinada actividad probatoria.

7. Plantea el señor Defensor, finalmente, la necesidad de invalidar todo lo actuado desde que el debido proceso y la garantía de la defensa de su parte no habrían sido plenamente resguardados, en atención en primer lugar a las distintas alternativas que se suscitaron en orden al tipo procedimental sucesivamente adoptado y al hecho de no admitírsele la producción de pruebas.

Recordemos una vez más que no estamos en un proceso lineal y esquemático, típicamente instrumentado por la ley procesal, con detalle explícito y pormenorizado de cada uno de sus pasos, sino ante una materia cuyo continente el ordenamiento no contempla y ha tenido que ser instrumentado sobre la marcha. En esas condiciones y con las limitaciones provenientes de la urgencia existente y las necesidades

impuestas por la intrínseca sustancia de lo pretendido, la defensa en juicio y el debido proceso han sido resguardados. Han imperado bilateralidad y contradicción, por lo que entiendo que se impone también el rechazo de este agravio.

En definitiva, adhiriendo en lo concordante al voto del doctor Roncoroni, me expido por la **negativa**.

VII. Concluido el examen precedente, que ha conducido al rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley en tratamiento, corresponde finalmente explicitar claramente el alcance de este pronunciamiento. En este sentido, suscribo íntegramente los conceptos mediante los cuales el distinguido colega al que adhiero cierra su sufragio, a saber: "Va de suyo que la confirmación que propicio, consciente de que con el fluir del tiempo las circunstancias del proceso de gestación y de la paciente pueden haber mudado, deja siempre bajo la responsabilidad de aquellos profesionales el adoptar la decisión y, en su caso, la práctica más adecuada, ante la concreta situación que presenten las circunstancias sobrevinientes".

De mi lado, entiendo necesario agregar ciertos complementos.

1. La propuesta de este voto es la desestimación del recurso y ello trae como consecuencia la perduración o mantenimiento de la sentencia de origen. Mas la aclaración

fundamental que se postula es que esta confirmación se limita exclusiva y excluyentemente a los precisos términos de ese decisorio, sin avanzar un solo centímetro.

2. La sentencia de fs. 1192/200 ha dispuesto mantener el originario pronunciamiento de la señora Juez de trámite de fs. 152/162, cuya parte dispositiva luce a fs. 161 vta.- Allí tiene lugar, en su punto 1º, lo que se califica como "declaración": "Declarar respecto del pedido efectuado por la Sra. A. K. C. P. , con la conformidad de su cónyuge Sr. P. , que se encuentran facultados los profesionales correspondientes para realizar la práctica médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo de la nombrada".

He aquí un pronunciamiento jurisdiccional que, si nos esforzáramos por encasillarlo dentro de los distintos tipos de sentencias según su contenido, podría ser incorporado a la categoría de declarativas, pues muestra como objeto la pura declaración de que los médicos se encuentran facultados para llevar adelante determinada práctica. No podría entenderse como de condena, desde que no impone el cumplimiento de específica conducta ("se encuentran 'facultados' los profesionales correspondientes"). Tampoco como constitutiva, pues no crea, modifica o extingue un estado jurídico, al estilo del decisorio final en el juicio de divorcio.

Siendo ello así, está claro que esa declaratividad ha emergido en determinadas circunstancias y en específico contexto, contemplando un marco acotado en el tiempo y en el espacio, dentro del cual -y sólo en él- la señora Juez realizó un conjunto de constataciones y verificaciones que le permitieron arribar a aquella declaración final. Con otras palabras, el fallo declara lo que declara para el tiempo en que lo declara. Ese escenario temporal no lo ha silenciado ni dejado implícito, antes al contrario lo ha explicitado con todas las letras, en tanto aquella declaratividad de que los profesionales de la medicina se encuentran facultados para realizar la práctica aparece acotada, atribuída, direccionada y encuadrada a y en una particular situación de la demandante y de su embarazo, que la propia sentencia identifica así: "cuya gestación lleva mas de doce semanas".

Quiere decir que el fallo ha podido comprobar que en el caso se reúnen los extremos de peligro para la vida o la salud de la madre e inexistencia de otro camino como no sea la interrupción del embarazo, en un preciso meridiano constitutivo de inequívoco lapso: el que se verificó a mediados de mayo de 2005, caracterizado como gestación de más de doce semanas.

Esto es precisamente lo que se confirma y nada más.

Porque 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.

Lo corriente en toda sentencia es que sus consecuencias, sin perjuicio de aprehender el pasado, también operen para el futuro, hacia adelante, vinculando a los acontecimientos jurídico-procesales que afecta y que surgen de ahí en más, y por regla general su eficacia sobre momentos posteriores no tiene límites fijos ni está temporalmente definida. Así lo describe Hitters, con cita de Guasp, quien advierte que, no obstante tal principio general a veces la limitación se produce y se origina en fenómenos de modificación en el tiempo que terminan por incidir en el fallo. Todas las sentencias están basadas en ciertos acontecimientos, que al ser valorados por el órgano jurisdiccional conducen la dirección del fallo a una conclusión determinada. Pero como el tiempo influye en todas las cosas, muchas veces sucesos posteriores conforman una realidad distinta, la llamada "inexactitud subsiguiente" susceptible de generar una verdadera

injusticia en caso de ser mantenida. ("Revisión de la cosa juzgada", 2ª ed., p. 143 y sgts.). En autos, sabemos como eran las cosas al tiempo en que emergió el decisorio. Cómo son ahora lo ignoramos, en un proceso tan dinámico y fluctuante como es la gestación del ser humano, máxime en las condiciones de este embarazo. Y ello nos lleva al convencimiento de que en particularísimas hipótesis como la presente, el mantenimiento del decisorio de origen que proviene de la desestimación del recurso significa pura y simplemente que se ratifica lo actuado al tiempo en que se actuó. Y que en todo caso habrá que verificar si el **factum** básico del pronunciamiento permanece incólume o ha sufrido modificaciones.

Dicho de otro modo, lo que aquí ha de quedar firme es un resolutorio que se ha atendido a la situación que existía al momento de expedirse el fallo y nada más que a ella. De donde queda dirigido a los facultativos intervinientes el mandato de que deberán examinar nuevamente a la parturienta y -como lo expresara la señora jueza aquo- de acuerdo a la lex artis de la medicina, verificarán la reunión de todos y cada uno de los requisitos que se han exteriorizado en el capítulo V del presente voto para, en caso de subsistir las condiciones que constataron cuando habían pasado ya doce semanas, materializar la interrupción del embarazo.

3. Ahora bien. Nos colocamos en el supuesto de que no

subsistieran esas condiciones, esto es, que en el tiempo transcurrido haya sucedido un cambio tal de las mismas que revele como inconveniente la interrupción del embarazo. Recobrará entonces total operatividad el derecho a la vida de la persona por nacer.

Huelga agregar que este derecho está reconocido en nuestro sistema legal, con anterioridad a la reforma de la Constitución nacional, como un derecho implícito (art. 33 de la Const. nac.) y después de la referida reforma en los Tratados sobre Derechos Humanos, los que tienen jerarquía constitucional conforme lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida"... (art. I); la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida ..." (art. 3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" (art. 4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...", ni se aplicará la pena de muerte a las mujeres "en estado de gravidez" (art. 6, inc. 1 y 5); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, al condenar este delito que entiende

tipificado, entre otros actos, por " la matanza de miembros de un grupo" y por la adopción de "medidas destinadas a impedir los nacimientos..."(art.II, incs. a y d); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, al tomar medidas contra la discriminación "como modo de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos", ente ellos el derecho a la vida (cfr. sus considerandos).

Una consideración especial merece la Convención sobre los Derechos del Niño, también con rango constitucional, por la atingencia al tema. En el Preámbulo se expresa que "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento; en la Convención se afirma que "los estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida" (art. 6.1). La ley 23.839/90 que aprobó y ratificó la referida Convención protectoria de los derechos de la niñez declaró que el artículo 1 de la Convención debía "interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad" (cfr. art. 2 de la citada ley). Esta reserva expresada por la República Argentina concuerda con los artículos 63, 64 y 70 del Código Civil que indican como inicio de la personalidad humana el momento de la

concepción. Ana María Gelli, señala con referencia a esta Convención y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que por la declaración unilateral interpretativa la tutela de la Convención sobre los Derechos del Niño "es más amplia para el derecho interno argentino. Sin embargo, ello no generaría conflicto alguno pues el propio Pacto de San José dispone, por medio de una cláusula interpretativa, que sus normas no se entenderán de modo de restringir derechos acordados por el ordenamiento interno de los Estados partes, o por otros tratados (art. 29, inc. b). (cfr. "El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones", L.L. 1996-A 1455).

La Constitución de esta provincia, de su lado, establece que todas las personas gozan del derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural (art. 12 inc. 1).

En concordancia con lo expuesto, cabe concluir que todas estas disposiciones 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.

4. No puede concluirse este voto sin dejar sentado que la tarea de verificación del estado de cosas que corresponde efectivizar a los señores médicos

intervinientes y la conducta que en su consecuencia deba llevarse adelante, en modo alguno podrá generar nuevas presentaciones judiciales, en este o en cualquier otro proceso, ni requerimientos de autorización o solicitud administrativa alguna. Cabe volver al comienzo, porque el sistema jurídico, analizado integralmente, permite determinar como conducta que se encuentra fuera del campo de la prohibición la realización del llamado aborto terapéutico, en tanto y en cuanto se reúnan las condiciones que han sido puntualizadas precedentemente, a cuyo efecto los facultativos pueden y deben obrar por sí mismos con arreglo a las leyes de la deontología médica.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Adhiero a la solución y fundamentos expuestos en los votos de los colegas preopinantes, doctores Roncoroni y de Lázzari, con el alcance que resulta del presente.

1. En el recurso de inaplicabilidad de ley bajo estudio (fs. 210/218), el señor Defensor Oficial, en su carácter de tutor «ad litem» del «nasciturus», expone que la sentencia cuestionada infringe los arts. 11, 12, 15 y 36 incs. 2 y 8, 161 inc. 3 ap. a), 168 y 171 de la Constitución provincial; 16, 18 y 33 de la Constitución nacional; 3, 6, 24 y 37 de la Convención Internacional de

los Derechos del Niño; 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 4 del Pacto de San José de Costa Rica; 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 86 inc. 1° del Código Penal; 34 inc. c), 358, 362 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial; y finalmente de doctrina legal relativa al derecho de defensa en juicio que identifica como Ac. 78.208, I. de 23-VIII-2000 (fs. 210 vta.).

a. Se agravia por "el tipo de proceso utilizado en autos para tramitar el reclamo de la actora (medida autosatisfactiva)" (fs. 211 vta.), por cuanto tal calificación recién fue establecida en la sentencia de la jueza de trámite, lo cual, para la impugnante, ha importado vulnerar su derecho de defensa. Es que aduce, de un lado, fue admitida la existencia de intereses contrapuestos entre la peticionante y su hijo por nacer, razón por la cual se designa al recurrente como tutor «ad litem» (fs. 145) y, del otro, soslayando el principio de contradicción, se dio al proceso el trámite de las medidas autosatisfactivas, lo que habría restringido severamente la posibilidad de la intervención de aquél en el proceso (fs. 213).

b. Considera que el fallo vulnera la garantía de acceso a la justicia (art. 15 de la Const. Pcial.), en tanto se le ha impedido "probar su posición en el proceso",

pues las medidas probatorias que solicitó para demostrar la existencia de posibilidad de supervivencia materno-filial de continuarse con el embarazo, no fueron llevadas a cabo, lo que a la vez le imposibilitó acreditar que el caso no encuadraba en los términos del art. 86 inc. 1 del Código Penal (fs. 214). Concluye así tachando de "arbitraria y absurda la decisión del sentenciante", denegatoria por superfluas de las pruebas ofrecidas (fs. 214vta.).

Reitera que de las pruebas del expediente no "surge con claridad meridiana que si no se interrumpe el embarazo la [accionante] va a fallecer, sino que sólo existe el riesgo de ello; tampoco deviene que es necesaria e indubitadamente que deberá optarse entre su vida y la del feto; y que el peligro no puede ser evitado por otros medios (art. 86 inc. 1 CP)" (fs. 215).

c. De otra parte, dado el modo como ha actuado el **a quo**, el impugnante considera que ha sido "segregada procesalmente" la persona por nacer, al no otorgársele la misma posibilidad de intervención que a la actora, quien pudo aportar su prueba. Entiende, por ello, que se ha violado el principio de igualdad ante la ley previsto en los arts. 16 de la Constitución nacional y 11 de la Constitución de la Provincia, al producirse un "desbalanceo" de las partes en el proceso.

d. Por último, controvierte la invocación del art. 86

inc. 1° del Código Penal, en la medida en que estima no acreditado que el peligro corrido por la madre "no pueda ser evitado por otros medios" (fs. 216vta.).

2. La señora Procuradora General emitió dictamen el 21-VI-2005 (fs. 225/230 vta.) propiciando el acogimiento del remedio articulado. A su entender, la colisión de intereses que el caso presenta debe resolverse "sin menoscabo del derecho de defensa en juicio", entendiendo que se dejó al menor («por nacer») en patente desamparo, al no admitirse las medidas de prueba solicitadas por quien lo representaba (fs. 227vta./228).

Tal actitud, expresa, impidió "determinar científicamente en el expediente judicial el peligro cierto de la vida de la madre por la continuidad del embarazo", concluyendo que "se afecta el derecho a la vida del niño por nacer sin tener probado el peligro de la vida de su madre" (fs. 228).

Por ello, propuso a la Corte la producción urgente de medidas de prueba -en el ámbito de lo previsto por el art. 36 incs. 2° y 4° del Código Procesal Civil y Comercial- tendentes a acreditar "la necesidad de interrumpir la gestación" (fs. 228vta.), con remisión de las actuaciones a la Dirección General de Asesorías Periciales.

Por último, como medida cautelar (art. 232, C.P.C.C.) "a los fines de garantizar el derecho a la vida de la

actora y de su hijo por nacer", peticion6 que se ordenara al Hospital Interzonal de Agudos "Evita" de Lan6s arbitrar las medidas de atenci6n y control necesarias y continuas que apunten a la excelencia en el tratamiento de la actora" (fs. 230vta.).

3. La Corte resolvi6 -por mayor6a- desestimar ambas peticiones (fs. 232/233 vta.) y disponer el llamamiento de autos para resolver (fs. 234), en el entendimiento de que tales medidas resultaban innecesarias para la justa decisi6n del caso.

4. El recurso es improcedente.

a. Los agravios dirigidos a cuestionar la tramitaci6n escogida por la jueza del tribunal, y respaldada por 6ste en pleno, a los plazos asignados para los traslados, a la desestimaci6n del ofrecimiento de medidas probatorias, as6 como las consideraciones vinculadas con incidencias anteriores al fallo en crisis, como es sabido, exceden el marco cognoscitivo de esta Corte en v6a de casaci6n.

i. Al tratarse la cuesti6n precedente se ha dicho, y la propia impugnante lo reconoce en el escrito recursivo (cfr. fs. 212vta.), que las alteraciones o eventuales quebrantos procesales acontecidos en el tr6mite del expediente no resultan, en principio, susceptibles de reparo en la instancia extraordinaria (conf. Ac. 86.142,

sent. de 17-XII-2003), sobre todo, cuando, como acaece en el **sub lite**, no se evidencia la concreta afectación al derecho de defensa que se aduce vulnerado, sino (v. *infra* 4.a.iii), bajo el ropaje de indefensión se estructura un reproche enderezado a impugnar la faena valorativa del **a quo**.

Vale consignar que, cuando abordó similar embate articulado en el recurso de reconsideración deducido en autos, el Tribunal de Familia concluyó en que "... en nada se ha violado el derecho de defensa" por cuanto la jueza del trámite produjo el material probatorio con intervención del Sr. Asesor de Incapaces del «nasciturus» y el representante de sus hermanos menores, dándosele luego intervención al tutor «ad litem» de aquél para su descargo, quien contó con la oportunidad de ser oído y expedirse respecto de las pruebas producidas. El cumplimiento de tales recaudos, sumado a la justificación del acortamiento de los plazos en la tramitación de la causa, permitieron al a quo concluir que "más allá de cualquier desprolijidad [...], la finalidad de salvaguardar el derecho de defensa se ha[bía] cumplido...".

Este concreto sostén del pronunciamiento no fue objeto de réplica suficiente, lo cual mella la procedencia del recurso (art. 279, C.P.C.C).

ii. Para más, en vista de las peculiares

características del presente caso, no observo que el derrotero seguido por el **a quo**, al margen de su acierto o error, haya determinado una privación de elementos de convicción necesarios para arribar a una decisión fundada, pues nada hace presumir que la prueba propuesta por el aquí reclamante poseyera tales cualidades. Veamos:

A fs. 136 el Asesor de Menores e Incapaces, de la Asesoría n° 4, Dr. García Cortina, toma intervención en representación de los hijos menores de la actora, adhiriendo al pedido de autorización judicial objeto de esta causa, articulado a fs. 128/133.

A fs. 138 interviene en representación del «nasciturus» el Asesor de Incapaces, de la Asesoría n° 9, Dr. Villadeamigo, quien, en función de las particularidades del caso presta conformidad con la acción incoada; criterio que confirma una vez concretada, con fecha 10-V-05, la entrevista de dicho funcionario con la actora, su cónyuge y los Dres. Borgo y Capece, médicos del Hospital "Evita", aunque luego, a fs. 176 y vta., sí cuestiona la autorización peticionada, al acompañar la posición de quien ha formulado el recurso que ahora se considera.

A fs. 140 y vta. los médicos nombrados, explican al Tribunal interviniente las características de la "microcardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular" que padece la actora.

En esa audiencia, informan además sobre los antecedentes clínicos de la paciente, a saber: endocarditis bacteriana, accidente cerebrovascular isquémico, hipertensión, obesidad, arritmia crónica por fibrilación auricular y dos embarazos perdidos. La conclusión arribada fue precisa: de un lado, en el cuadro de salud de la actora el embarazo "es un factor que le impone un mayor riesgo de morbimortalidad al riesgo ya elevado y preexistente por su condición de enferma cardiovascular severa" (fs. 140) y, del otro, los peligros de descompensación "**crecen a medida que progresa el embarazo...** [por lo que] cuanto antes se efectúe la interrupción del mismo menor es el riesgo" (fs. 140 vta.; énfasis agregado).

A fs. 144 la jueza de trámite confirió vista a las partes de la prueba rendida en autos.

A fs. 145 se designa tutor «ad litem» de la persona por nacer, al Defensor Oficial titular de la unidad de Defensa Civil n° 1, confiriéndosele un traslado por el término de 72 horas, con invocación de los artículos 838, tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial y 10 de la ley 7166.

A fs. 146/150 se presenta el funcionario convocado a fs. 145. Tras cuestionar su emplazamiento en los términos de la ley 7166, al considerar que el informe

debió ser ventilado por las autoridades del hospital público, contesta "la demanda" a título subsidiario.

En la réplica, niega todas las afirmaciones expuestas en el escrito inicial vinculadas con la descripción del estado de salud de la embarazada, se pronuncia en sentido general invocando la jerarquía constitucional del derecho de su representado, pone en entredicho lo aseverado por los galenos en cuanto -estima- sólo se pronunciaron sobre el riesgo para la vida de la madre eludiendo un juicio de certeza, discute el énfasis puesto por ellos en la ponderación de uno de los factores determinantes de las probables complicaciones de la salud o la vida de la peticionaria (el estado de gravidez) y el descuido de los restantes (tabaquismo, obesidad e hipertensión arterial), y solicita la producción de prueba informativa (destinada a que -se supone los profesionales actuantes en- el Hospital "Evita" se pronuncien sobre una serie de puntos, básicamente centrados en la indagación de la viabilidad del embarazo y la supervivencia materno-fetal) así como de peritajes médicos.

Las objeciones procesales fueron desestimadas por la jueza de trámite en su sentencia de fs. 152/162.

La decisión señalada fue recurrida, por reconsideración ante el pleno del Tribunal, en el escrito presentado a fs. 166/171, desestimada por el citado órgano

jurisdiccional en el fallo objeto de la impugnación que concita la intervención de esta Suprema Corte.

iii. Ahora bien, debatir y expedirse sobre la aplicabilidad o no de las denominadas "medidas autosatisfactivas" carece de valor sustantivo en el caso, por más que el rótulo haya sustentado el pronunciamiento de la jueza de trámite e insumido buena parte de la argumentación expuesta en el recurso en tratamiento.

Más allá de fórmulas, el objeto de la petición incoada siempre fue inequívoco: lograr un pronunciamiento favorable a la interrupción del embarazo; como también lo ha sido su fundamento: el crítico estado de la mujer encinta y el riesgo de que la continuidad de su embarazo le cueste la vida o un grave trastorno en su salud. La prueba acompañada y producida para confirmar el pedido se basó en los informes médicos y en la abultada historia clínica, así como en la explicación -antes narrada- que los profesionales brindaron en audiencia ante el Tribunal.

Cierto es que en la señalada audiencia, de innegable utilidad para abundar en los aspectos ya considerados en los exámenes médicos, no tomó intervención el tutor impugnante, a quien, en cambio, se dio traslado de todo el material probatorio junto con la presentación inicial de la actora. Pero no lo es menos que, de un lado, había, y existe aún, una situación apremiante que, como mal

podría discutirse, debe resolverse con la mayor celeridad, y del otro, de aquella diligencia, participó el Sr. Asesor de Incapaces, Dr. Villadeamigo (fs. 140).

Observo entonces que, en el fondo, por sobre el aparente quiebre de la bilateralidad, emergente del trámite asignado al reclamo de la actora o de su calificación, quizás inapropiada, como medida autosatisfactiva -cuestiones que en puridad no privaron al ahora impugnante de suficiente audiencia (Arts. 18 CN, 15 Const. Pcial.)-, merece ahondarse el gravamen que ha provocado la aducida imposibilidad de realización de una prueba como la solicitada.

La falencia, tal cual es articulada por el recurrente, no reviste entidad como para presumir que, de haberse impulsado la realización de nuevos estudios -o los mismos por otros facultativos-, habría variado el diagnóstico y la consecuente práctica quirúrgica que los médicos del Hospital "Evita" consideraron indispensable.

Una documentación concluyente (fs. 6 a 110 de estas actuaciones), concerniente a los antecedentes clínicos de la paciente y la renovada advertencia médica en orden a que toda demora en intervenir acrece progresivamente los riesgos de la paciente (fs. 140 vta.), justificaron, en el contexto de la urgencia del caso, prescindir de la actuación probatoria complementaria

solicitada por el tutor «ad litem». Proposición que, vaya dicho también, en modo alguno se fundó en la inconsistencia técnica, ambigüedad, falta de actualización o algún otro defecto de los elementos de convicción acompañados al proceso, verificable al menos *prima face*.

Nada de ello fue aducido con seriedad por el recurrente en este proceso, quien, sistemáticamente, y evidenciando un comportamiento disonante con la buena fe procesal, se dedicó a negar prácticamente todo, desde la propia enfermedad de la actora hasta que los profesionales del hospital público hubiesen aconsejado la interrupción del embarazo (v. fs. 147 vta.).

Esa visión del caso, huelga puntualizarlo, ha llevado a esta Suprema Corte a denegar el requerimiento de pruebas formulado por la Sra. Procuradora General en su escrito de fs. 225/230.

En definitiva, el meollo del gravamen que acusa el tutor «ad litem» no enfrenta al Tribunal ante un supuesto de indefensión, lesivo de la garantía de la tutela judicial efectiva (arts. 18 CN, 8 y 25 CADH; 15, Cons. Pcial.). Antes bien, su cuestionamiento remite a verificar si concurre o no absurdidad en la valoración de la prueba ponderada para arribar a la decisión convalidante adoptada en la causa.

b. Sentado lo que antecede, observo que la

descalificación por «arbitraria» de la señalada ponderación del **a quo** sobre la suficiencia de las pruebas aunadas al expediente para comprobar la ocurrencia de un supuesto de excepcionalidad como el aprehendido en el artículo 86, apartado segundo, inciso 1° del Código Penal, no es fundada.

Una doctrina legal consolidada enseña que las decisiones de los jueces de mérito sobre la fijación de los hechos y de las pruebas, es un arbitrio en principio exento del control casatorio de esta Corte, salvo absurdo (que -al margen de una vaga invocación- el impugnante no logra fundamentar); desvío valorativo que se configura cuando media un error grosero, esto es, grave y manifiesto, determinante de conclusiones arbitrarias, inconciliables con las constancias de la causa (conf. causas Ac. 39.496, sent. de 7-VI-1988; Ac. 47.380, sent. de 13-IV-1993; Ac. 90.753, sent. de 20-IV-2005; entre otras).

El examen de las actuaciones no evidencia absurdo alguno. Las pruebas rendidas, ni su apreciación por el sentenciante, involucran tamaño desvío.

i. A fs. 6 se encuentra agregado un certificado médico de fecha 29-IV-2005 suscripto por el Dr. Héctor A. Gabbi, Jefe de Maternidad del Hospital Interzonal de Agudos "Evita" de Lanús y por la Dra. Raquel Dora Wallach, del cual surge que "la Jefatura del Servicio de Obstetricia"

del referido nosocomio público considera "que por sus antecedentes y tratándose de una cardiopatía severa y embarazo, la prosecución del mismo implica riesgo de mortalidad materna...".

ii. En el certificado de fs. 7 refrendado por el Jefe de Internación de la Unidad Coronaria -Dr. Raúl H. Capece- y por el especialista en cardiología -Dr. José Carlos Borgo- se concluye que "por el alto riesgo de morbimortalidad materno-fetal" que la condición de gestación "le impone a su situación de enferma cardiovascular severa, es aconsejable interrumpir el embarazo e iniciar tratamiento psicológico para atenuar las consecuencias del trauma psicoemocional emergente de tal decisión", fundando la conducta sugerida "en las recomendaciones que la sociedad Europea de Cardiología establece para el manejo de pacientes con embarazo y enfermedades cardiovasculares (European Heart Journal; 2003 Vol 24 Pag. 761/781)".

iii. A fs. 8, luce agregada copia del informe de la Dra. Adriana M. Gimigliano, Médica Cardióloga, el que también determina la cardiopatía de la paciente y previene sobre el riesgo de vida que puede experimentar.

iv. A fs. 9 obra dictamen firmado por los Dres. Juan Vrancic y Raquel Suliban, del Comité de Bioética del Hospital Interzonal de Agudos "Evita", indicando "que no

existiría objeción a una conducta activa, que deberán decidir los profesionales tratantes, para guardar la vida de la paciente, seriamente afectada por sus antecedentes de enfermedad [de los que da cuenta la Historia Clínica también agregada al expediente] y su actual embarazo", enfatizando la necesidad de urgente solución del referido problema.

v. Asimismo, los Dres. Capeci y Borgo al comparecer ante los jueces de la instancia de grado a la audiencia fijada al efecto (cfr. fs. 140 y vta.) ratificaron lo descripto en los informes antes indicados, explayándose sobre las características, consecuencias y riesgos de la enfermedad de la actora ante su situación actual de embarazo.

vi. A fs. 20 y vta. obra una copia del resumen de la historia clínica de la paciente, firmada por la Dra. Raquel D. Valach, en el que se puntualiza la pérdida del embarazo y consecuente muerte fetal intrauterina que la actora padeció en el año 2003, a las 25 semanas de gestación, circunstancia completada con la documentación aportada por el hospital público referido (v. Historia Clínica, en particular fs. 38).

vii. Desde luego, el examen de la copia de la historia clínica también da cuenta de una indicación de fecha 9-IV-02, a fs. 107 vta., relativa a un aborto

experimentado por la paciente en 1989.

viii. A fs. 141/142 lucen los informes de la perito psicóloga del Tribunal de Familia -Licenciada Verónica Torrado- y del perito psiquiatra -Dr. Daniel Lepore-, concluyendo en la plena capacidad de discernimiento, conocimiento y comprensión de la paciente acerca de los alcances y consecuencias de la intervención médica que solicita, al igual que la expresa conformidad del esposo, con quien también se entrevistaron.

c. Estos informes fueron expedidos en congruencia con lo normado en el Código de Ética Médica de la Provincia de Buenos Aires (aprobado por el Colegio Profesional de Médicos, según autorización conferida por el decreto ley 5413/58), cuyos artículos 45 y 46, inc. f) establecen que cuando se haga necesaria cambiar opinión respecto del diagnóstico, pronóstico y tratamiento de un enfermo, en especial en casos -entre otros- de «abortos terapéuticos», se obtendrá la consulta de otros profesionales de la medicina o incluso de una Junta Médica.

El Código de Ética para el equipo de salud de la Asociación Médica Argentina (A.M.A.) de 2001, también aconseja este proceder, requiriendo para la ejecución de estas prácticas excepcionales, junto con el consentimiento informado de la paciente, la certificación de la necesidad de interrupción del embarazo por parte de una Junta Médica

(conf. Art. 478, del capítulo 28).

Como a estas alturas se habrá advertido, tales extremos han sido observados con la evacuación interdisciplinaria antes reseñada.

d. La objeción del tutor «ad litem» al criterio sentado en el pronunciamiento recurrido discute que exista completa certidumbre ("claridad meridiana") del fallecimiento de la mujer en caso de prolongarse su estado de gravidez, o que el riesgo diagnosticado no fuere evitable por medios terapéuticos alternativos (fs. cit.), mas encierra la aceptación de la existencia de un riesgo concreto para la vida o la salud de la peticionaria de imponérsele la continuidad de su embarazo (fs. 215).

Con ser evidente que la existencia de un pronóstico médico como el que opone el agraviado al razonamiento del juzgador no es requerida por la norma a la que éste acudió -lo que mella la sustentabilidad del recurso; Art. 279, C.P.C.C.- debe apreciarse, además, que el punto fue zanjado descartándose que deba concurrir la certeza pretendida. Al respecto, la sentencia parte de la base que la medicina no participa del grado de exactitud ambicionado por el recurrente (fs. 195), temperamento que, en el contexto del caso, no luce irrazonable.

Tampoco repercute en desmedro de la razonabilidad del fallo, la alegación del impugnante sobre la falta de

certeza respecto de que el peligro para la vida o la salud de la madre no podía ser evitado de otro modo. A tal objeción la jueza de trámite y el Tribunal de Familia en pleno, al confirmar esa decisión, estimaron que los informes médicos descartaban que se habían evaluado cada una de las posibilidades terapéuticas, y dada la situación de riesgo cierto por la que atraviesa la accionante, el aborto aparece como la salida más recomendable, "porque los otros medios no alejarían el peligro" (fs. 159vta.).

Por otra parte, los precisos fundamentos expuestos por el doctor de Lázzari en el capítulo VI, puntos 2 a 5 de su voto, terminan de justificar lo resuelto en el pronunciamiento recurrido.

e. Para más, el Tribunal de Familia entiende, con acierto, que ante la existencia de un conflicto entre la «vida de la madre» o la «salud de la madre» y la «vida del feto», que sólo puede ser resuelto por el aborto terapéutico, y bajo las condiciones establecidas por la norma, su práctica viene autorizada por el ordenamiento, en cuanto el legislador penal la exime de punición (art. 86, segundo párrafo, inc. 1º, C.P.; fs. 198 vta.).

Se trata de una interpretación no refutada por el impugnante, quien omite explicar por qué importa un error de juzgamiento el reconocer al citado texto del Código Penal como guía normativa para la solución del asunto

(doctr. Arts. 171, Const. prov.; 16, Cód. Civil).

f. Por lo demás, la aceptabilidad de la decisión ahora recurrida se fortalece al no mediar en autos -en que, insisto, se ventila una situación que encaja en el concepto del aborto terapéutico-, un conflicto sobre la primacía constitucional de los intereses jurídicos en presencia, ni acerca de la validez actual del precepto contenido en el artículo 86, apartado segundo, inc. 1° del Código Penal, en cuanto otorga prioridad a la vida de la mujer encinta.

i. Confirman esa conclusión tanto la falta de agravio del recurrente a propósito del enfoque normativo asignado en el fallo, como, sobre todo, los términos de la propia argumentación desplegada en el recurso. Lejos de discutir la constitucionalidad de la norma del Código Penal que -ante la colisión de los bienes jurídicos tutelados: vida o salud de la madre versus vida del «nasciturus»- inclina la balanza en favor de la protección de la gestante, quien aquí recurre centra sus reparos en que los informes médicos valorados no acreditan la gravedad o inminencia del peligro para la vida o la salud de la primera ni revelarían la imposibilidad de conjurar ese riesgo de otro modo.

La falta de articulación de un caso constitucional con el alcance indicado, unida a la inexistencia de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación contrario a la expresa ponderación normativamente

consagrada, antes referida, retrae el ejercicio de un control supralegal *inaudita parte* (conf. C.S.J.N, *in re*: B.1160.XXXVI, "Recurso de hecho. Banco Comercial de Finanzas", sent. de 19-VIII-2004), lo cual coincide con el parecer expuesto en el voto del doctor Roncoroni (punto 2., primer párrafo).

ii. Con independencia del corolario anterior, no parece constitucionalmente objetable que, en un trance crítico como el enjuiciado, la ley disponga que la vida o la salud de la madre prevalece sobre la de la persona en gestación, para evitar el aleatorio resultado al que conduciría el supeditar el conflicto al naturalismo extremo.

Está, desde luego, fuera de disputa que nuestro ordenamiento jurídico, muy tempranamente, confirió tutela a los derechos de las personas «por nacer». El texto histórico, de 1853-60, no los incluía en manera expresa, como no lo hacía con el «derecho a la vida». Con todo, en tanto éste es condición de existencia de la generalidad de los derechos, libertades y garantías consagrados en el plexo constitucional, era incuestionable que subyacía, entre otros preceptos, en el enunciado del artículo 33.

Las leyes dictadas en su consecuencia, en especial aquellas que fluyen de la expresa esfera delegada al Congreso de la Nación por el artículo 75 inciso 12° del

texto constitucional (Art. 67, inc. 11° de la Constitución histórica), como el Código Civil (v. gr. Art. 70) y el Código Penal (Arts. 85 a 87), en sus diferentes campos aplicativos, determinaron el punto de partida de la vida humana en la concepción en el seno materno.

Es de todos modos indudable que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), incorporada por la ley 23.054 (B.O. 27-III-1984) marca un punto saliente en la evolución del sistema jurídico en esta materia. Su artículo 4.1° prescribe: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida", agregando que tal derecho "... estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por medio de la ley 23.313 (B.O. 13-V-1986) prohíbe aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez (Art. 6.5), tutelando, así, la vida del «por nacer». En tanto que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporada a través de la ley 23.849 (B.O. 22-X-1990), aunque carece de una específica referencia a la situación del «por nacer» (cfr. Art. 1°) mereció de parte de la República Argentina una reserva según la cual "... se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho

años de edad" (conf. art. 2º, ley 23.849 cit.).

En la reforma constitucional de 1994, además de estatuirse el artículo 75 inc. 22, con el conocido impacto que ha significado en la estructuración de las fuentes de la juridicidad, se encomienda al Congreso instituir un régimen de seguridad social "... en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia" (Art. 75 inc. 23, segundo párrafo, CN).

Por fin, la Constitución de la Provincia ha acompañado esta orientación normativa al consagrar protección a la persona «por nacer» en el artículo 12.1.

iii. Cabe detenerse entonces, en el enunciado contenido en el Pacto de San José de Costa Rica. La norma pertinente prevé una protección a la vida desde la concepción con arreglo a la correspondiente determinación legislativa. El texto aludido (Art. 4.1 cit.) define, pues, el alcance de la tutela jurídica por remisión a la "ley". También, estatuye que esa norma derivada ha de disponer que "en general" la tutela del derecho será "a partir del momento de la concepción". Por fin, determina que nadie puede ser "privado de la vida arbitrariamente" (Art. 4.1., *in fine*).

Desde esta perspectiva, no advierto que el régimen

legal que concierne al caso -vale decir, el artículo 86, segundo párrafo, inc. 1º, del Código Penal- presente tal incoherencia en su adecuación sistemática con las normas consagradas en ese tratado internacional, que conduzca a su modificación por una inconstitucionalidad sobreviniente.

Adviértase que el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción en el seno materno recibe un marco de protección *en general*. Carente de contenido absoluto, admite entonces cierta modulación normativa razonable (arg. Art. 29, CIDH).

Por otra parte, tomando un solo elemento comparativo, vale cotejar la fórmula del Art. 4.1. segunda oración, con la, por cierto más tajante, precisa e inescusable, incluida en otro tramo del Pacto atinente a la protección de la vida, como el prescripto en los artículos 4.2. a 4.5., para consentir la constitucionalidad de algunos regímenes, como el citado artículo 86 del Código Penal, que en singulares y justificados casos de excepción no parifican el valor de la protección de la vida del por nacer con el asignado al de la madre embarazada.

iv. Desde luego, lo dispuesto en el Art. 12.1 de la Constitución de la Provincia no podría mellar la validez de la predeterminación de intereses jurídicos regulada en el tantas veces aludido artículo 86 segundo párrafo, inc. 1º, del Código Penal, por cuanto éste se funda, como es claro,

en la delegación que las provincias hicieron a la Nación de atribuciones privativas para el dictado de las normas de fondo (art. 75 inc. 12, C.N.), en modo tal que el contenido de esas reglas del derecho común sólo ha de sujetarse al marco constitucional y supranacional (arg. Arts. 31, 75 inc. 22 y conchs. C.N.), sin sujetarse a otros condicionamientos materiales instituidos por los Estados provinciales (arg. arts. 1, 5, 121, 126, C.N.).

v. Los derechos reconocidos, desde los más personalísimos hasta los patrimoniales, tales como la vida, la libertad, la integridad física, psíquica, espiritual, el honor, la propiedad, entre otros, si bien reciben protección jurídica, no necesariamente reclaman una protección igual. Es fácilmente comprensible que no todos se encuentran tutelados, por ejemplo en la esfera punitiva, con la misma intensidad. Incluso, en situaciones extremas de conflicto de bienes o intereses, el ordenamiento jurídico tolera que un bien de menor o igual jerarquía ceda ante otro de mayor o igual rango (estado de necesidad justificante o disculpante, respectivamente). A veces también, el derecho justifica la defensa de los propios intereses o los de un tercero, no sólo frente a ataques a bienes personalísimos sino aun frente a la propiedad, en detrimento de la vida o la integridad física de otro ser humano (v. gr.: la posibilidad de legítima defensa, art. 34

incs. 6° y 7°, C.P.).

Además, la juridicidad no llega a imponer al ciudadano una conducta altruista o heroica que lo lleve, sin importar las circunstancias, a optar por la vida o los intereses del prójimo frente a los suyos. De tal suerte, tampoco exige semejante actitud a la madre, cuando su vida o su salud se enfrenta a la supervivencia de la persona «por nacer». En eso estriba el fundamento del «aborto terapéutico», figura que de ninguna manera enerva la valoración realzada de la vida humana de la persona por nacer; solo que ante a una puntual contraposición de bienes jurídicos, el legislador ha prefigurado la resolución del conflicto dando preeminencia a la vida o la salud de la gestante.

g. Lo antes consignado pone de relieve que el Tribunal **a quo** no erró cuando tuvo para sí y decidió que la solicitud requerida en los estrados judiciales se hallaba justificada, desde el momento en que el cuerpo de profesionales había arribado a un diagnóstico claro acerca de la situación de la paciente y del daño que suponía para su salud la continuidad del embarazo como el eventual parto posterior.

Así lo indicaban las circunstancias objetivas que configuraron el caso, a saber: i] el contenido emergente de la historia clínica de la paciente, así como los antecedentes referidos a dos partos anteriores; ii] la

gravedad del cuadro de salud al tiempo de la última evaluación médica, así como del pronóstico relativo a la eventual continuidad del embarazo; todo lo cual fue ratificado en audiencia por dos facultativos del nosocomio; iii] el consentimiento informado de la mujer frente al parecer médico; iv] los exámenes practicados en la esfera del hospital público y la coincidencia en el pronunciamiento de todos los profesionales de la medicina que intervinieron.

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, por cuanto a la intervención médica concierne, el acuerdo prestado por el cónyuge de la paciente (con el valor que ello implica a tenor del art. 243 del Código Civil).

Hubo empero una negativa a proceder. Sin habérsela explicitado en acto formal, fue transmitida -si se quiere de modo sesgado-, al condicionarse la práctica médica a las resultas de una previa autorización jurisdiccional, tal como afirma, con acierto, el doctor de Lazzari en el capítulo II, tercer párrafo de su voto.

No bastaba, según los profesionales del arte de curar, la conclusión médica. Debía obtenerse la venia que les permitiese operar, aunque la intervención, necesaria y

consentida por la paciente, en atención a las circunstancias, no sólo no estuviese objetivamente alcanzada por una interdicción normativa, sino resultara de la conducta que -en grado de licitud- está mentada en el artículo 86, apartado segundo, inc. 1º del Código Penal.

Se mediatizó una decisión que pudo haberse adoptado válidamente, concluidos los exámenes de rigor y con mayor prontitud, porque dependía del arbitrio técnico de los profesionales intervinientes, quienes tampoco explicitaron, como obstáculo, una objeción de conciencia. Con ser comprensible desde cierto plano (la consabida prevención frente a reproches por responsabilidad profesional), la señalada actitud ha contribuido a agravar el cuadro de situación, porque añadió un riesgo más para la paciente: desde el vinculado con el trascurso del tiempo (a todas luces notorio es que cualquier trámite procesal de esta índole insume, por lo menos, varios días, si no semanas) hasta el, todavía más grave, derivable de una desestimación de la autorización requerida.

Para los galenos, lo recomendado desde la óptica médica respaldada en suficientes estudios de plurales especialidades requería abastecerse de otra validación. En palabras de los Dres. Capeci y Borgo, la interrupción del embarazo debía ser "una respuesta institucional

interdisciplinaria (hospitalaria, sanitaria y judicial, al solicitar la autorización pertinente)..." (fs. 140 vta.).

En suma, como quiera que fuere, hubo una negativa actual a obrar o bien una omisión, que -esto sí con razonable grado de certidumbre- provocó la correlativa afectación concreta al derecho a la salud de la actora, constitucionalmente amparado (arts. 33, 75 incs. 19, 22, 23 y concs. CN; 3 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 3, 4, 5, 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 12, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6.1 y 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 36 inc. 8, Const. pcial.), que testimonia su presentación y puso en mayor peligro a su vida, ante lo cual, sólo cabía acceder a la jurisdicción (doctr. arts. 18, 43 y concs., C.N.; 15, 20 inc. 2º, y concs., Const. pcial.), no ya para refrendar algo asumido por todos como permitido, ni obtener un anticipado examen sobre la legalidad en sede penal de una conducta carente de realización actual como acción típica, sino con el sentido de evitar, por medio de un preciso mandato, que las dudas sobre el alcance de la señalada permisión, condujeran a denegar una práctica -orientada a evitar aquellos daños a la salud- que estaba suficientemente justificada. En esto hallo un matiz diferencial con lo señalado en algunos párrafos del punto

3.4 del voto del doctor Roncoroni, cuando sugiere la total improponibilidad del planteo articulado ante el Tribunal de Familia, que habría derivado en su desestimación **in limine**.

Al margen del *nomen iuris* acuñado, el mandato fue expedido por la jueza de trámite y confirmado por el Tribunal de Familia, a tono con la urgencia comprometida en el caso y en modo que, habida cuenta del tenor de los recursos deducidos, no merece descalificación en esta instancia.

h. No dudo que la intensidad del angustiante y doloroso asunto planteado conmueve por igual los sentimientos de todos los miembros de esta Corte. En lo personal, son muchas las aristas que convergen y que puedo reservar a la esfera de mi parecer moral. Por donde se lo mire, el asunto impacta profundamente; pero ello no empaña ni distorsiona el necesario camino a una solución jurisdiccional ajustada a derecho y eficaz. Al desestimar el recurso, como corolario de un meditado examen de las constancias de la causa a tenor de las normas jurídicas aplicables, creo haber contribuido a dar ese tipo de respuesta.

En consecuencia, debe rechazarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y procederse según lo puntualiza el doctor Roncoroni al concluir el punto 3.4 de su voto.

Con el alcande asignado, doy el mío por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero al voto del doctor Roncoroni, por compartir los fundamentos allí expuestos, y he de destacar las siguientes consideraciones, pues entiendo que ellas resultan sustanciales para la dilucidación de la presente controversia.

Los argumentos vinculados a la violación del derecho de defensa no pueden ser atendidos, pues como se ha sostenido en varios de los votos precedentes, no se ha demostrado la infracción a la garantía constitucional denunciada.

En este sentido el tribunal recurrido consideró al respecto que "...en nada se ha violado el derecho de defensa por la circunstancia de que el tribunal -dada la premura del caso-, produjera material probatorio con intervención del Sr. Asesor de incapaces del niño en gestación y del de sus hermanos menores y -posteriormente- diera intervención al tutor del primero para que se expida respecto de las pruebas producidas". Señaló además, que "... la sentencia explic(ó) con claridad la causa de la aplicación analógica de dos normas procesales para acotar el tiempo de tramitación, **no existiendo perjuicio que permita declarar la nulidad de lo actuado...**" (el destacado

es original). Agregó que "... los certificados médicos y la historia clínica no han sido desconocidos por el Sr. Defensor; los médicos cardiólogos que comparecieron ante estos Estrados lo hicieron ante el Sr. Asesor de menores del nasciturus y sus explicaciones se volcaron por escrito (...) al igual que el informe de los peritos del Tribunal (...) y de todo ello se dio oportunidad al tutor "ad litem" para que se expida". Así, concluyó que "... más allá de cualquier desprolijidad que pudiera imputársele al procedimiento, la finalidad de salvaguarda()r el derecho de defensa se ha cumplido, debiendo desestimarse la nulidad planteada" (fs. 194/vta.).

A continuación, la sentencia atacada ingresó en el análisis sobre el fondo del asunto evaluando la prueba rendida (fs. 194 vta./196). Determinó que la patología por la que se aconsejaba interrumpir el embarazo era la cardíaca y que los restantes factores de riesgo: obesidad, tabaquismo e hipertensión -cuya eventual disminución la recurrente pretendía demostrar como alentadores de la adopción de un temperamento diverso al de la primigenia sentencia- si bien no eran de despreciar, no modificaban la afectación cardíaca ni en el riesgo de muerte comprobados.

En definitiva, el juzgador destacó que "declarar la nulidad pretendida (...) y producir la pruebas ofrecida (...) -las que estim(ó) superfluas pues con el material

arrimado el Tribunal deb(ía) considerarse suficientemente informado- (...) resulta(ba) imprudente y acercaría más la situación a un desenlace fatal para la actora y afectaría a todo el grupo familiar en el que existen (...) otros dos menores, debiendo (...) expedirse en tiempo útil (art. 15 Const. Pcial.)" (fs. 196/196 vta.).

A fs. 145 se designó al señor Defensor aquí recurrente tutor **ad litem** con el fin de que asuma la representación de los intereses de la persona por nacer y se le corrió traslado para que se expida en el plazo de 72 horas.

En aquella oportunidad, en ejercicio de sus facultades, el quejoso desconoció en forma genérica las pruebas producidas, sin elaborar argumento alguno tendiente a demostrar su falta de valor probatorio, veracidad o cualquier otra circunstancia que pudiera llevar al juzgador a considerar necesaria o pertinente la producción de otros medios probatorios.

En el escrito recursivo, esta parte sostuvo que la calificación de superfluo del ofrecimiento probatorio agravó el estado de indefensión, al no permitirle demostrar "la posibilidad de tratar el riesgo de la actora mediante otros medios" (fs. 215 vta.).

Sin embargo, no logró demostrar que de haberse realizado nuevos estudios en los términos impulsados, éstos

hubieran llevado a conclusiones diferentes de las arribadas por los médicos tratantes. Ello en tanto, sus pretensiones se refirieron concretamente a reeditar los informes a cargo de los profesionales que ya habían elaborado sus dictámenes y a solicitar la designación de un perito oficial, sin siquiera sustentar mínimamente esta necesidad en algún defecto probatorio verificable en las constancias convictivas existentes.

Por otra parte, en rigor, la recurrente hizo depender su crítica acerca de la infracción al derecho de defensa de una valoración diversa -y contraria a su pretensión- de la prueba obrante en el legajo, método que se revela ineficaz para desbaratar los fundamentos del tribunal recurrido.

En este sentido, la conclusión por la cual el tribunal **a quo** estimó superflua la producción de la prueba ofrecida a la luz de su valoración del complejo probatorio existente en autos, no resulta una cuestión, en principio, revisable por esta instancia extraordinaria y, no obstante la invocación de supuestos que pudieran excepcionar el conocimiento de este Tribunal al respecto su existencia no ha sido demostrada.

Adviértase en este sentido, que 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...", ni mucho menos, logra evidenciar que esa conclusión pueda calificarse de absurda o arbitraria.

De otra parte, los fundamentos que en el modo descrito fueron vertidos por el juzgador acerca de la ausencia de infracción a la garantía de la defensa en juicio tampoco fueron desvirtuados en la impugnación.

Por lo demás, no se advierten razones que permitan concluir razonablemente que el trámite impreso -dadas las particulares circunstancias del caso- con la intervención del señor Asesor de Incapaces del nasciturus y el posterior traslado de lo actuado al señor Defensor en calidad de tutor **ad litem** haya sido desarrollado sin salvaguarda del derecho de defensa.

Desde otra óptica, he de resaltar también los argumentos del colega al que adhiero en orden a que verificados los extremos del caso, los galenos intervinientes se encontraban facultados -dado el diagnóstico expresado en las constancias por ellos emitidas- para realizar las prácticas médicas que considerasen más adecuadas para salvaguardar el derecho a la salud y a la vida de la actora; máxime cuando, como aquí ocurre, el paso del tiempo resulta determinante para garantizar y no desnaturalizar los derechos en juego. Es

que la determinación de los riesgos y de las prácticas a adoptar como consecuencia de su comprobación competen exclusivamente a la discrecionalidad de los profesionales médicos, conforme los conocimientos y técnicas propios de sus ciencias, por lo que resulta a todas luces innecesaria la autorización judicial. Incluso, un pedido de esa naturaleza actúa en desmedro de los derechos que se intentan proteger.

Comparto así la opinión del colega en lo atinente a que una vez que se encuentran cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el art. 86 inc. 1º del Código Penal, es decir, cuando se halle acreditado el riesgo para la vida o la salud de la madre, habiendo prestado esta última su consentimiento debidamente informado, sólo puede concluirse que la actuación de los profesionales de la salud autorizados debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de requerimiento de autorización judicial.

Por último, y sin perjuicio de confirmar el pronunciamiento recurrido, he de señalar que deberán los médicos actuantes arbitrar las prácticas que resulten adecuadas para el caso, conforme sus conocimientos especiales según las reglas del arte de curar.

Voto así por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez

doctor Negri dijo:

I. La circunstancia de tener que pronunciarme en el sexto lugar me exime de relatar las circunstancias de la causa, y el modo cómo se ha desarrollado su instancia procesal, suficiente y adecuadamente referidas por los colegas que me preceden.

Repaso solamente su núcleo.

Un matrimonio de humilde condición social se presenta ante la justicia judicial pidiendo se autorice a la esposa a realizar un aborto.

Afirma (apoyando esta alegación en un dictamen médico) que la mujer, afectada por una patología coronaria, obesidad y tabaquismo, se encuentra embarazada.

Que tiene dos hijos más de escasa edad; que la noticia de su embarazo fue relativamente tardía.

Que el nacimiento de la criatura le impone afrontar un riesgo de muerte.

Y que el aborto pedido sería el único medio de soslayarlo.

Al momento de votar esta causa, la mujer se encuentra en el quinto mes de su embarazo.

II. El tema tiene connotaciones humanas (culturales, espirituales, éticas) muy profundas.

En mi tarea de juez, no puedo sentirme sino inmensamente conmovido por toda la tensión existencial que

aquí se expresa.

Pienso en la mujer enferma, con una vida adentro -la de su propio hijo- que pareciera impedir su propia vida.

En la de su marido y la de sus otros hijos.

Y en la del hijo, adentro suyo, a los cinco meses de gestación, ya formado, esperando -por esas extrañas razones en la que el misterio del ser se funde con la biología- su nacimiento.

El destino de esta criatura si el aborto hoy se realiza es su muerte.

¿Que destino le esperará si la justicia judicial decide que no muera?

¿No existirá algún día, futuro, en el que se queje, en que reniegue del fallo que decidió que no muriera, en una situación que no le daba opciones válidas de existencia?

Padre y madre me piden el aborto.

Y la vida latiendo dentro suyo, me pide, como toda vida, vivir.

Son agobios muy fuertes en mi tarea de juez.

Trataré de resolverlos conforme al derecho al que he jurado ceñir mi actividad (aun sabiendo que existe un orden más alto, el del amor, al que la justicia judicial no puede, ni aun estirándose, acceder).

Y es en este punto precisamente, en donde no encuentro modo alguno de satisfacer el pedido de los padres.

III. 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.

Aun admitiendo que los dictámenes médicos sean ciertos en sus pronósticos.

Aun admitiendo que la peticionaria morirá al dar a luz.

Aun haciéndome cargo de todo su temor y de toda su congoja.

¿Cómo hago para decidir que esta criatura, persona, (ser único, irrepetible, no canjeable, no fungible) muera?

¿Sobre qué ley, sobre qué norma, fundaría la decisión de terminar con ella?

Una persona que, según las propias leyes constitucionales de mi país y las de mi propia conciencia, existe desde el momento mismo de la concepción.

IV. Para responder afirmativamente al pedido del aborto que se hace, el tribunal de grado ha invocado (como único fundamento de su decisión) el art. 86 inc.1 del Código Penal.

Pero es una invocación inadecuada.

Una cosa es punir o no punir. Otra cosa es decir que algo está bien.

Aquí no se trata de castigar o no castigar.

No se discute si alguien, por un hecho ya sucedido, debe ser o no objeto de una pena.

Eso debe ser materia de un proceso ante el juez penal.

Lo que se trata de decidir es si un juez puede conferir o no autorización para matar.

Y no veo que de ese artículo pueda inferírsela.

Si lo que se ha procurado es llegar desde él (y todo indica que ese ha sido el propósito) a un principio del cual derivar una respuesta, la construcción ha sido claramente paralógica.

Un principio no puede inferirse sólo de una norma, que lo expresa fragmentariamente (a veces en concurrencia con otros principios), sino de todo el conjunto de normas.

Y en esas condiciones, el razonamiento no podría 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.

Del examen sistémico y de la inferencia que de todas ellas puede desarrollarse resulta, más que el poder de los jueces de matar a una persona, como se ha concluido, la radical imposibilidad de hacerlo.

Una exclusión de la pena como la que establece el artículo del Código Penal citado, vale como eso, como limitación al poder de punir, no como proclamación del

derecho judicial de decidir la muerte de una persona por nacer.

Leerlo de otro modo me parece un exceso.

V. Maternidad y paternidad tienen un riesgo. El amor es un riesgo. También juzgar (Todos los días caen obreros desde los andamios de las obras... son muchos hombres, mujeres, los que mueren, en distintos lugares, asumiendo el riesgo de sus vidas...).

Aquí es necesario pensar que, más allá del dolor que cause, el riesgo existe: quedará librado a la libertad de cada uno (padre, madre, médicos) cómo asumirlo y resolverlo, sin transferencias que no pueden servir para liberar a las conciencias de su responsabilidad originaria.

Acaso, sólo en su fluir libre la vida pueda ganar su antigua batalla.

La sentencia, en la medida en que decide la muerte de una persona, es revocada, por inaplicabilidad de la ley en la que, equivocadamente, dice fundarse.

El recurso queda acogido.

Voto por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Sal Llargués dijo:

Adhiero al voto del doctor Roncoroni con la *addenda* que formula el doctor Soria.

Agrego -y con estas precisiones no me aparto un ápice

del fundamento que los sustenta- que el orden jurídico es -por definición y antes que nada- un orden.

Si ello es así, los principios más elementales de la lógica, como rectora del pensamiento correcto, impiden que una conducta que está ordenada o fomentada por el Estado, pueda al propio tiempo estar prohibida.

De tal suerte el deber jurídico está fuera del ámbito de lo prohibido por razón del principio de no contradicción.

Destaco la característica de conducta ordenada o fomentada puesto que -como es sabido aún desde lo semántico y sobre todo en su significación jurídica- " *lo ordenado* " no es lo mismo que " *lo permitido* ".

El Oficial de Justicia que recibe un Mandamiento para su diligenciamiento no tiene la facultad discrecional de cumplirlo o no conforme a su voluntad puesto que -de no hacerlo- incurre en delito. En cambio, quien se encuentre en situación de defenderse legítimamente y -por cualquier razón- decida no hacerlo no provoca ningún estímulo en el ámbito jurídico (los permisos se acuerdan excepcionalmente para ser usados si su titular desea hacerlo).

Tal es ("*lo ordenado*") la situación que se verifica en este caso en que la correcta interpretación de los datos contingentes al tiempo de verificarse los resolutorios controvertidos, sitúan el mismo en el supuesto contemplado

por el art. 86 inc. 1 del Código Penal, disposición cuya plena vigencia -como lo destacan los votos a que adhiero- no ha sido aquí válidamente cuestionada.

Rodolfo Moreno (h) dijo a propósito de esta norma que *"... no creo en la necesidad de la disposición y entiendo que la falta de la misma no daría lugar en ningún caso a la aplicación de una pena, producido el supuesto previsto por aquella"*.

"Los médicos tienen deberes profesionales que cumplir, limitados por las reglas de las leyes y por la conciencia de cada uno. El deber primordial es el de conservar la vida y la salud del paciente y a eso se dirigen todos los esfuerzos. Cuando se presenta un caso de conflicto profesional procede, de acuerdo con los imperativos de su fuero interno, no pudiendo incurrir en delito cuando obra en cumplimiento de un deber. Lo contrario equivaldría a desnaturalizar el concepto mismo de las leyes represivas".

"El que cumple con su deber o el que causa un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño, no pueden ser considerados como delincuentes..." ("El Código Penal y sus antecedentes" Ed. Tomassi, Bs.As. 1923, t.III, pág. 422).

En la **sub lite** son profesionales de organismos estatales los que han juzgado necesaria la interrupción del embarazo por considerar que median las circunstancias que

menciona la norma comentada y quienes -al propio tiempo- han sembrado razonable duda respecto de la viabilidad del por nacer.

De tal suerte, como lo propusiera la señora Jueza en la resolución que originara estos remedios (considerando IV fs. 160), lo solicitado por A. K. C. P. d. P. , no reclama autorización judicial alguna.

Finalmente, el orden jurídico -como sistema de resolución de conflictos y regulador de conductas- tal como lo refiere el doctor Roncoroni, no espera de los ciudadanos que se comporten como héroes o Santos sino que -simplemente- se conforma con que estos no afecten sin derecho y de modo relevante bienes jurídicos ajenos.

Voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Piombo dijo:

1. Adhiero a los votos de los doctores Roncoroni, Soria y de Lázzari. Sin perjuicio de lo dicho, entiendo que debo dejar sentado mi particular sentir.

2. El tema hunde sus raíces en una posible antijuridicidad anclada en el marco de la justicia penal -aclaro: un delito contra la vida-; por lo que las nociones de equilibrio y paralelismo -ínsitas al cartabón de la razonabilidad- requerían que, de estimarse necesario una autorización, ella dimanare de la propia justicia que debía

actuar en el supuesto de exceder el hecho el margen de licitud que, como causa de justificación o como corolario de un deber jurídico -esto según el punto de partida teórico que se adopte-, estatuye el art. 86 del Código Penal.

Empero, sin perjuicio de declarar ese particular con la finalidad de sugerir una línea directiva para casos futuros, atento la solución que estimo debe darse al presente y a la circunstancia de que el máximo órgano jurisdiccional de la Provincia resume en sí todas las competencias, el tema pasa a ser irrelevante, máxime operando en el marco de una situación en la que gravita riesgo de muerte y en la que el tiempo importa la conformación de gravamen irreparable.

2. En efecto, la circunstancia de que se hallase en peligro la vida humana excluía, a mi juicio, la necesidad de toda autorización previa. O sea cuando se perfila un estado de necesidad, llenados los extremos de la autorización del art. 86 -que consisten únicamente en la opinión de un médico diplomado y el consentimiento de la mujer encinta- debe procederse sin otro recaudo que no sea el aviso cursado al órgano competencial fiscal (arts. 56 y 56 bis del ritual). Toda demora no hace otra cosa que aumentar el riesgo, elemento básico para la consideración de otra ilicitud como es la producción culposa del

resultado de muerte (art. 84 del texto fondal).

Llenar centenares de fojas con enjundiosas piezas jurídicas procurando "defender la vida" irroga la potenciación del peligro hasta tornar inútil toda decisión por destrucción del objeto o extinción de la pretensión. Y el derecho, por esencia, está hecho para posibilitar el desarrollo del hombre, no con el propósito de llevar a vía muerta sus conflictos y situaciones. El estado de necesidad -o fuerza mayor en el lenguaje del Código Civil (arts. 513, 1516, 2203, 2269, 2644, etc.)- exime en plenitud; incluso implica, en el área del derecho público, legitimar el sacrificio de la vida del soldado en la guerra defensiva, o del funcionario policial en el mantenimiento del orden público, o del delincuente que agrede con armas en el instituto del art. 34, inc. 6, del Código Penal. Incluso el bien que se debe sacrificar, aun con la protección que nuestro Derecho da a las personas por nacer, 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, que, en el caso de perder la vida, mal podrán ser cubiertas por el Estado o cualquier institución de índole civil o religiosa. La Ley Fundamental, a través de dos limitaciones claves, las de los arts. 14 y 75 inc. 22, sella la suerte de todo planteo que quiera hacerse sobre la base de

cualquier interpretación antisistémica de los derechos y garantías constitucionales.

Voto por la **negativa**.

A la tercera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

Atento la solución que he propiciado en la cuestión anterior, deviene irrelevante el tratamiento de la presente.

Así lo voto.

A la tercera cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

Los planteos del recurrente reiteran en términos similares las objeciones constitucionales y las supuestas contradicciones con el derecho internacional que ya se trataron al considerar el recurso anterior. Por tal motivo le son aplicables los fundamentos allí dados.

Voto por la **negativa**.

A la tercera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Atento la solución que se propicia en la cuestión anterior, considero que no corresponde el tratamiento de la presente.

Así lo voto.

A la tercera cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

Adhiero al voto del doctor Roncoroni.

El recurso no puede prosperar atento a que exhibe insalvable insuficiencia.

Quien afirme que la sentencia viola determinados preceptos del derecho vigente, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo. La frustración de esta exigencia provoca la frustración del intento revisor. (conf. Ac. 33.711, sent. del 11-IX-1984, entre infinidad de precedentes). Tiene dicho esta Corte que para que el escrito con que se interpone y funda el recurso de inaplicabilidad de ley cumpla la misión que le asigna el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, sus argumentos deben referirse directa y concretamente a los conceptos sobre los que se asienta la sentencia. Esa función no se cumple con la sola invocación o pretendida subsunción de los hechos o elementos de la causa en determinadas normas legales si con esa operación se sustrae, en todo o en parte, a la réplica adecuada de las motivaciones esenciales que el pronunciamiento judicial impugnado contiene (Ac. 44.123, sent. del 28-V-1991; Ac. 53.235, sent. del 7-II-1995; Ac. 79.002, sent. del 17-VII-2002; Ac. 81.613, sent. del 5-III-2003).

Tal es lo que acontece en la especie, toda vez que el quejoso en el escueto fundamento del recurso, -acápite de poco mas de una carilla-, ver fs 206/207, no se hace cargo

de la línea argumental del decisorio, deteniéndose en desarrollar sus propias opiniones sobre el tema, dejando inatacadas conclusiones del mismo que le dan sustento bastante (doct. causas Ac. 58.836, sent. del 8-VIII-1995; Ac. 76.924, sent. del 13-XII-2000). En este sentido, la sola cita de normativa de la Convención de los Derechos del Niño y la indicación de su recepción constitucional son datos que no aparecen correlacionados ni vinculados puntualmente con las partes o soportes del fallo que se entiendan incompatibles con tal normativa..

En definitiva, no se advierte que se hayan fundado las alegadas violaciones. Es verdad que de un modo genérico se han mencionado las normas supuestamente quebrantadas; que en algunos casos se ha transcripto párrafos del decisorio pero ello de ningún modo puede interpretarse técnicamente como una demostración de la infracción denunciada. El estrecho marco de conocimiento que cabe a esta instancia extraordinaria impide abordar un recurso en el que se configuran tales falencias. En conclusión, el intento recursivo adolece de insuficiencia y por ende debe ser rechazado (art. 279, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

A la tercera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Adhiero al voto del doctor de Lázzari cuyas

consideraciones hago mías.

Por ello, voto por la **negativa**.

A la tercera cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero al voto del doctor Roncoroni por compartir sus fundamentos.

Voto por la **negativa**.

A la tercera cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

La forma como he votado la cuestión anterior vuelve inoficioso el tratamiento de la presente.

Así lo voto.

Los señores jueces doctores **Sal Llargués y Piombo**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Roncoroni, votaron la tercera cuestión también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General, se rechaza el recurso extraordinario de nulidad, con costas (arts. 86 y 298, C.P.C.C.). Con relación a los de inaplicabilidad de ley, también interpuestos, oída la señora Jefa del Ministerio Público y por mayoría, se los rechaza con el alcance que surge del párrafo final del voto

del doctor Roncoroni a la segunda cuestión (arts. 86 y 289,
Cód. cit.).

Notifíquese y devuélvase.