



JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

COMENTADA

ZAPATERO ¿A TUS ZAPATOS?

(A PROPÓSITO DE LOS FALLOS JUDICIALES
SOBRE ANENCEFALIA)^(*)

*Paula Siverino Bavio^(**)*

"Por mucho tiempo había creído que aquel dolor sería como un lujo.

Durante las horas que siguieron no lo dudó ni un minuto, pero hasta el último rincón de su cuerpo aprendió que algunos lujos cuestan lo que valen y que la íntima orgía de parir es, más que un dolor, una batalla que por fortuna se olvida con la tregua"
(Angeles Mastretta, "Mal de amores")

TEMA
RELEVANTE

La anencefalia es una anomalía neurológica congénita que consiste en una alteración en la formación del cerebro y que produce la muerte precoz del feto o del recién nacido. La autora analiza la problemática jurisprudencial que se ha presentado en los tribunales argentinos con motivo de los solicitudes de autorización de interrupción del embarazo en estos casos, si se trataría realmente de un aborto (voluntario, terapéutico o eugenésico), y el conflicto entre el derecho a la salud de la madre y el derecho a la vida del feto, entre otros temas vinculados al tratamiento legal de la anencefalia.

En la Argentina, a lo largo del 2001 se hicieron públicos varios casos judiciales en los que se solicita-

ba autorización para interrumpir o inducir el parto de un feto anencefálico; el más notorio de ellos, el

(*) A Mamita le debo el legado más grande: aprender a amar, y a Cris, quien con infinita paciencia, me alienta a descubrir y cultivar la belleza interior. A Juan, por las horas robadas.

Parte de este trabajo integra el libro *Derecho de los pacientes* del Dr. Óscar Garay, bajo el título *Anencefalia*, en edición. Un especial agradecimiento a mi tutor, Prof. Dr. Juan Carlos Tealdi por su colaboración en la revisión del texto.

(**) Abogada, investigadora, profesora regular en el postgrado de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, docente auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

fallo "TS"⁽¹⁾ obtuvo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽²⁾.

El tema al que vamos a aproximarnos ha despertado encendidas polémicas, atribuibles al hecho que el centro de la cuestión no pasa por la discusión sobre libertad reproductiva o paternalismo estatal; sino que bajo un primer análisis, nos coloca, con una crudeza difícil de sortear, frente a dudas profundas sobre los conceptos de vida, muerte, ser humano.

Pero esta situación ha dejado en evidencia otros fenómenos. No es nuestra intención en esta oportunidad desarrollar un análisis meduloso, nos limitaremos a señalar algunas coincidencias o cuestionamientos que se reiteran en el tratamiento de esta problemática en el ámbito judicial, y plantear algunas dudas para el debate.

La anencefalia es una anomalía neurológica congénita, es una de las alteraciones en la formación del cerebro resultante de la falla en etapas precoces del desarrollo embrionario del mecanismo de cierre del tubo neural llamado de inducción dorsal. La más grave de las patologías producida por esta falla es la *Cranioquisquisis*, que da como resultado la invariable muerte fetal precoz; le sigue en gravedad la *anencefalia* que se caracteriza por la falta de huesos craneanos (frontal occipital y parietal) hemisferios y la corteza cerebral. El tronco cerebral y la médula espinal están conservados aunque en muchos casos se acompaña con defecto de cierre de la médula espinal, *mielomeningocele*. La anencefalia se distingue claramente de otros defectos de la inducción dorsal por el aspecto de "rana" de los pacientes afectados en los que hay una falta total de calota craneana y cobertura de las estructuras neurológicas restantes. El defecto es cubierto por una membrana gruesa del estroma angio-

matoso, pero nunca por hueso o piel normal; la ausencia o destrucción del cerebro es sustituida por una masa rudimentaria de tejido mesenquimático y ectodérmico. Alrededor del 75% de los fetos afectados muere intraútero y del 25% restante nacidos vivos, el 57% fallece dentro de las primeras horas y alrededor del 15% fallece dentro de los tres días, los sobrevivientes son excepcionales⁽³⁾. No debe ser confundida con otras patologías más benignas como la *exencefalia*, *inencefalia*, *cefalocelos*, *mielocelos* o *mielomeningocelos*; el pronóstico funcional en estos últimos dos casos va a depender de la existencia o desarrollo de la hidrocefalia asociada y aunque más del 50% de los pacientes requieren de la colocación de una válvula de derivación, el pronóstico neurológico es relativamente bueno en lo relativo a funciones cognitivas e intelectuales. Hay otras patologías por defectos en el tubo de inducción ventral, así la *holoprosencefalia*, donde el tejido cortical ha sido reemplazado por líquido cefalorraquídeo debido a un infarto masivo o a infección uterina, siendo la calota craneana normal y la *hidranencefalia* que no deben confundirse con la *anencefalia*⁽⁴⁾.

En la anencefalia la inexistencia de las estructuras cerebrales (hemisferios y corteza) con la sola presencia del tronco cerebral provoca la ausencia de todas las funciones superiores del sistema nervioso central que tiene que ver no solo con la parte motora, sino con la existencia de la conciencia y que implican la cognición, la vida de relación, comunicación, afectividad, emotividad; manteniendo tan solo la presencia efímera de las funciones vegetativas que controlan parcialmente la respiración, las funciones vasomotoras y las dependientes de la médula espinal.

Un feto o posteriormente un nacido anencéfalo carece por completo y de forma irreversible de fun-

ciones motoras y cognitivas; la anencefalia es el equivalente en los niños al estado vegetativo permanente (EVP) que implica la pérdida absoluta de conciencia, la afectividad y la comunicación, con conservación de los ciclos sueño-vigilia, reflejos y movimientos oculares, respiración espontánea, reflejos protectores del vómito y la tos. Estos niños anencéfalos no tiene ninguna posibilidad de convertirse en seres autoconscientes, lo que llamamos personas; nunca se convertirán en seres capaces de valorar o experimentar la vida⁽⁵⁾. La medicina es clara al dictaminar la imposibilidad absoluta del anencéfalo de experimentar emociones o sensaciones, de tener conciencia de sí o de otros, de relacionarse.

Por este motivo se ha sostenido que el desarrollo de un feto anencéfalo no es un 'proceso de vida' sino un 'proceso de muerte', que en el caso no estamos frente a un *nascitus* sino ante un *moriturus*⁽⁶⁾.

Al preguntarnos por qué estos casos llegaron a la justicia, siendo que esta patología está presente desde antiguo, pero la proliferación de procesos judiciales no se registra sino desde hace pocos años, podrían ensayarse como motivos: la ausencia de una legislación clara y homogénea; el fenómeno de la medicina defensiva y un factor socio-económico⁽⁷⁾, ya que en su mayoría son situaciones registradas en instituciones públicas.

La medicina defensiva es un problema de los médicos, que afecta a los pacientes y tiene que ver con

distintos elementos tales como a) el temor al fantasma del juicio (mala praxis o daños y perjuicios), b) interpretaciones divergentes de normas referidas a la salud; c) deficiencias de formación –que por cierto no son privativas de la escuela de medicina–; d) la dificultad de muchos profesionales de ajustar su conducta a los nuevos marcos de la relación médico-paciente, e) la mala retribución económica que padecen en general los médicos; entre otros.

Todo esto ha llevado a que cada vez mayor cantidad de profesionales tiendan a adoptar conductas caracterizadas por el no compromiso: así desde la profusión de análisis, estudios muchas veces innecesarios, que debieran ser suplidos por una correcta evaluación clínica; el abstenerse de tomar decisiones de tipo quirúrgicas o implementar terapéuticas que podrían beneficiar al paciente pero que tienen un alto componente de riesgo o de incertidumbre; el exceso o encarnizamiento terapéutico por temor a ser acusado de abandono de persona, etc.; hasta llegar finalmente a la derivación del conflicto del quirófano o el consultorio al juzgado.

Este traspaso de responsabilidades y de las decisiones va acompañado comúnmente por un prejuicio profesional valorativo que expresa la negativa a reconocer obligaciones *prima facie* respecto del enfermo⁽⁸⁾. Si bien es comprensible la inquietud del personal médico, habitualmente hospitalario⁽⁹⁾ de plantear una situación que se presenta como "dudosa" o conflictiva ante un juez para prevenir su responsabilidad civil

- (1) A los cinco meses de gestación, la Sra. ST se entera mediante una ecografía que el feto que lleva en su vientre padece de anencefalia, solicita una inducción al parto, en la Maternidad Sardá le recomiendan la inducción, pero le exigen orden del juez para hacerlo, presenta un amparo en la justicia en lo contencioso administrativo, la jueza se declaró incompetente, apela la fiscalía, la Cámara obliga a la jueza a resolver y ésta deniega la autorización; apela la actora y la Cámara confirma el fallo, apela y finalmente el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires por cuatro votos a uno (dis. del Dr. Casás) otorga la autorización, llega a la Corte Suprema de Justicia por vía de recurso extraordinario interpuesto por la asesora general de menores e incapaces. La Corte confirma el fallo del tribunal Superior.
- (2) Exp. N° 715/00, "Tanus Silvia c/ Gobierno de la Ciudad s/ amparo". CSJN sentencia del 11/1/01.
- (3) Nos ha tocado entrevistar en Río Gallegos a la madre de una niña, Milagros, que mediante respiración y alimentación asistida vivió 10 meses, conservamos copia de la historia clínica.
- (4) GHERARDI. Carlos, KURLAT Isabel. "Anencefalia e interrupción del embarazo". Separata de Nueva Doctrina Penal-2000 B.

- (5) HARRIS John. "Supermán y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana". Trad de Michel Angstadt. Tecnos. Madrid, 1992. Pág. 147.
- (6) "Moritus: aquel embrión que carece de signos de vida reales, lo que derivará en una muerte inevitable, adolece de una inviabilidad absoluta... en estos casos estamos frente a una estructura humana que solamente espera su deceso, su muerte ante la inaptitud fisiobiológica que adolece". VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Derecho Genético". 4ª ed. Grijley. Lima, 2001. Pág. 176.
- (7) "No se nos escapa un dato sociológico fundamental, TS y BA, debieron ventilar su dignidad frente a la jurisdicción constitucional, por la sencilla razón de no contar con los recursos económicos suficientes para acceder al sistema privado de salud. Por ese motivo debieron inexorablemente recalar en el sistema público, y con motivo del incumplimiento de las obligaciones propias de la profesión por parte de los servicios médicos, solicitar autorización a la jurisdicción constitucional para que... lleven a cabo una prestación que no necesita ninguna clase de autorización y que además realizan en grandes cantidades todos los días". GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. "La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el parto inducido de una vida humana en formación: De cuando las convicciones personales se imponen a los valores constitucionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional"; nota a fallo. *La Ley*. Buenos Aires, 2001. Págs. 1293-98.
- (8) CECHEITTO; Sergio. "Teoría y práctica del consentimiento informado". Suárez, 2001.
- (9) Coincidimos con Gordillo en que las instituciones hospitalarias deberían brindar asesoramiento interno a sus médicos "que impida estas causas absurdas cada vez más repetidas y patéticas". "El temor de los médicos ante el derecho desconocido"; nota a fallo. GORDILLO Agustín. En: *LL* 2002-A, 724.

o penal, esto puede volverse un arma de doble filo. La experiencia ha demostrado que en primer lugar, el paciente es siempre el perjudicado: porque se ve contrariado en su decisión y debe recurrir o es llevado ante un juez; debe exponer su intimidad en un proceso, sufrir las incomodidades y perjuicios propios del juicio, y por la violencia moral de la que es objeto ante la eventual posibilidad de ser obligado contra su voluntad a realizar o abstenerse de una conducta que fue inicialmente querida por él.

Pero la juridización⁽¹⁰⁾ también afecta a los médicos, que en aras de esta "seguridad" han cedido espacio de decisión al Poder Judicial —por ende al Estado— en un ámbito que podría cuestionarse si es el natural⁽¹¹⁾ del juez⁽¹²⁾⁽¹³⁾, lo que es duramente advertido por el juez Meier en la sentencia del Tribunal Superior de la resolución de los jueces de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires⁽¹⁴⁾; queda claro que es un tema conflictivo, ya que pese a que la justicia bonaerense es proclive a entender en los casos que involucran cuestiones médicas⁽¹⁵⁾ el decisorio fue ajustado: consideraron necesaria la autorización judicial cinco jueces y no necesaria, cuatro.

Entonces una cuestión consistiría en dilucidar si ante un diagnóstico de certeza⁽¹⁶⁾, la decisión de interrumpir

un embarazo o inducir al parto: ¿puede ser considerada legítimamente dentro de la esfera del acto médico? ¿va a variar este carácter según el tiempo de gestación o es necesaria la autorización de un juez? ¿puede un juez autorizar esta práctica? En definitiva, si es una materia sobre la que se pueda decidir, a quién le corresponde decidir, con qué alcance y en qué ámbito.

Se nos presentan al menos, dos alternativas:

Siguiendo una corriente de opinión "(...) cabe referirnos a la innecesidad de parte los profesionales de la salud de solicitar la autorización judicial para realizar prácticas médicas perfectamente adecuadas a la *lex artis*, es decir, cuando hay una indicación terapéutica apoyada en la ciencia médica, el accionar médico es legítimo, por lo que resulta abstracto o innecesaria la autorización judicial. En los casos de embarazos de fetos anencefálicos (el diagnóstico no debe dejar lugar a dudas), la situación debe ser comunicada cuidadosa y completamente a la madre y si es posible al padre. La información debe ser brindada en términos accesibles al nivel sociocultural de la persona informada, a los fines de hacer comprensible la misma, y garantizar la aplicación del principio bioético de autonomía; esto es, ante la situación médica que se le plantea (las características del feto anence-

fálico, lo irreversible del proceso que deriva en la muerte del feto, ya sea en forma intrauterina o a las pocas horas de nacer, etc.), que la madre tome una decisión informada, competente, libre y responsable. Entonces, es razonable que la madre decida solicitar a los profesionales médicos (y a la institución sanitaria) el adelantamiento del parto. Los médicos deben obrar conforme a los dictados de la ética médica y al dictado de la ciencia médica para el caso concreto, sin resquicio para solicitar la venia judicial cuando existe una indicación terapéutica que torna legítimo el actuar médico propuesto.

La reflexión bioética debe ser una herramienta a la que deben recurrir los médicos a los fines de dotar a sus juicios clínicos del imprescindible análisis moral; y los agentes judiciales también deben incorporar la reflexión bioética ante casos en que esté en juego la salud o la vida de las personas, a fin de dotar del necesario humanismo a la decisión que prescribe 'dar a cada uno lo suyo'. Si por defecto de formación bioética los profesionales de la salud instan a la madre a solicitar la autorización judicial que ordene la inducción del parto en resguardo del derecho a la salud de la madre, la acción de amparo (art. 43 CN.) es la vía procesal ágil y expedita para lograr ese cometido⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾.

Por el contrario, hay autores que postulan que "hasta tanto se lograra el dictado de una ley que contemple integralmente las cuestiones en debate, los planteos relacionados no solo con la realización de actos por así denominarlos 'eutanásicos', sino también con prácticas abortivas o de lesiones gravísimas a la salud (vgr., ligaduras tubarias bilaterales), podrían ser canalizados a través de un trámite sumarísimo que apunte a la obtención de una sentencia de naturaleza declarativa, en la que el Magistrado haga constar la

conurrencia de circunstancias (tales como informes médicos, psicológicos, consentimiento informado, etc.) que ulteriormente, por vía de elaboración jurisprudencial, fundarían la falta de antijuridicidad de la conducta llevada a cabo"⁽¹⁹⁾.

Referente a la venia judicial, bien podría concluirse que "...o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir con una conducta que, *prima facie*, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir. Cualesquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil; el segundo, por imposibilidad jurídica..."⁽²⁰⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido tajante al pronunciarse en el caso "B.A." donde la Suprema Corte de la Pcia. de Bs As. denegara la inducción al parto, manifestando que correspondía dejar sin efecto todo lo actuado ya que "el requerimiento de autos no es de los que competen decidir a los jueces"⁽²¹⁾⁽²²⁾. Este pronunciamiento y la nueva integración de la Suprema Corte provincial, llevaron a que la misma cambiara su jurisprudencia y en el caso "Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín. Autorización⁽²³⁾", rechazara el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, autorizando la inducción del parto.

Lo cual nos lleva a un estadio previo de discusión; ya que como hemos visto, una cuestión elemental va a ser determinar si se va a entender que existe una tensión de derechos⁽²⁴⁾, entre quienes, si el con-

(10) MAGLIO, Ignacio. "Guías de buena práctica legal en VIH/SIDA". Arkhetipo. Bs. As., 2001.

(11) En un interesante fallo, el juez manifiesta que no le corresponde a él decidir entre dos vidas, que esa decisión le compete al médico y a la madre, rechazando la necesidad de autorización; vid. ED 117-423.

(12) Ilustran lo dicho, las 'particularidades procesales' de algunos de estos casos, tal como muestran afirmaciones tan asombrosas como: [la necesidad de defender la vida]... "posibilitando la realización del ser humano como sujeto plenamente autónomo y capaz de elegir su destino personal", y agrega "... en el futuro ¿no podría asomar una luz de esperanza en la posibilidad de revertir el estado del niño favorablemente? (del voto del juez Pettigiani en el caso "B.A. s/autorización judicial". SCBA, junio 2001)"; lo cual pone en evidencia su absoluto desconocimiento de la patología que padece el feto, lo cual no revestiría especial gravedad de no ser porque los informes de médicos especialistas constituyen una de las principales constancias probatorias, por lo que decidir en tan franca desatención de ella, es una situación, la menos, un tanto irregular. En el mismo caso, la asesora de menores funda su recurso de apelación no en la arbitrariedad o ilegalidad que demanda el rito procesal, sino en 'apreciaciones médicas' de cuño propio. Vid. GIL DOMÍNGUEZ Andrés, "La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el parto inducido de una vida humana en formación: de cuando las convicciones personales se imponen a los valores constitucionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional"; nota a fallo. *La Ley*. Buenos Aires, 2001. Págs. 1293-98.

(13) "[No hay norma que establezca otorgar una venia judicial] para cuestiones, que como al presente están exclusivamente subordinadas a criterios de la ciencia médica". Exp. 3658/01, "Torres Estela Marys y otros c/GCBA s/ amparo", sentencia del 25/10/01.

(14) SCBA "B.A. s/autorización judicial". Acuerdo 82058, sentencia del 22/6/01.

(15) BLANCO, Luis, informe elaborado sobre los aspectos jurídicos de la ligadura de trompas de Falopio, para el Comité Hospitalario de Ética del Hospital de Clínicas "José de San Martín Facultad de Medicina, U.B.A. Se- tiembre 4 de 2000.

(16) Una ecografía a partir de los tres meses, que denuncia la patología de anencefalia. GHERARDI-KURLAT. Op.cit.

(17) GARAY, Óscar.

(18) Cfr en este sentido, la Resolución 750/01 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(19) JARQUE, Gabriel Darío. "Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas".

(20) BIDART CAMPOS, Germán. "Autorización judicial solicitada para abortar". Nota a fallo publicada en ED 114-184.

(21) CSJN "B.A. s/ autorización judicial", sentencia del 7/12/01.

(22) En otro caso resuelto en la justicia civil, la jueza interviniente en la parte resolutive hace saber a la institución demandada que ante la concurrencia de: diagnóstico de anencefalia, indicación médica de adelantamiento del parto y decisión libre de los padres o la madre gestante debe llevarse a cabo la práctica médica. "G.C.E. c/ Clínica y Maternidad Suizo Argentina s/ amparo", sentencia del 17/12/01. Dra Mabel Dos Santos.

(23) Ac. 85.566, "Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín. Autorización". Publicado en www.diariojudicial.com noticia del 8/8/02.

(24) SIVERINO BAVIO, Paula. "Visiones encontradas del derecho a decidir". Disertación del 6/12/01 en el Centro de Estudios Carolina Muzzilli, Buenos Aires.

flicto es entre los derechos del feto y los de la madre o entre los de la madre y la institución que deniega la intervención, y cuáles van a ser los parámetros o criterios a tomar en cuenta para decidir en el caso concreto, o por el contrario vamos a sostener que la situación debe ser resuelta desde la inteligencia que hay derechos absolutos o prevalentes que deben ser respetados y definen las prioridades tutelables.

Para quienes entienden que hay derechos absolutos, o que siendo relativos están ubicados en un inmutable escalafón donde el derecho a la vida ocupa el primerísimo lugar, la situación si bien no exenta de dramatismo, presenta una solución simple, el valor vida del feto es inalienable y el deber⁽²⁵⁾ de la madre es llevar a término el embarazo⁽²⁶⁾; no habría conflicto⁽²⁷⁾.

Para quienes consideran que el ordenamiento no debe reconocer derechos absolutos⁽²⁸⁾ y que hay al menos dos valores en conflicto, el valor vida del feto y la salud de la madre, asumen que el caso plantea un dilema⁽²⁹⁾, que debe ser resuelto en el caso concreto. Pero también se ha sostenido que el verdadero conflicto no es entre salud de la madre-derecho del feto a com-

pletar su tiempo intra-útero, sino entre los derechos de ésta y la negativa de la institución⁽³⁰⁾.

Cabe señalar que desde la óptica bioética, se ha considerado la situación de ambos, madre y feto, como pacientes, frente a cada uno de los cuales surgen diversas obligaciones, en el caso del feto, considerando que la conducta beneficiante estaba más cercana a la posibilidad de una muerte digna.

Parte medular de la discusión pasa por definir qué se va entender por 'estado de salud'. Frente a la dimensión psíquica como integrante del concepto de salud las posturas van desde a) negar su entidad b) aceptar que hay un cierto daño psíquico que afectaría directamente el estado general de salud pero que carece de peso frente al derecho del feto a cumplir su tiempo de gestación y c) reconocerlo y otorgarle autonomía o relevancia suficiente como para fundar en ella la autorización solicitada.

Respecto del daño psíquico de la mujer que porta un embarazo de un feto anencefálico, cabe citar *in extenso* la opinión de la Dra. Giberti a propósito de la solicitud de inducción del parto en los casos que

comentamos: "[r]enegación y desestimación constituyen mecanismos de defensa psicopatológicos... esta mujer pasa por el trance de inscribir a ese ser en los registros del horror doloroso que constituyen la antítesis del vínculo madre-hijo. Cuando esa misma mujer elige la interrupción del embarazo ya atravesó por los riesgos y los peligros de lo que se considera una situación límite; corresponde entonces la recomendación de la intervención psicoterapéutica ya que es preciso contar con la conciencia de otro para acompañar a esta mujer(...). En lugar de ello se encuentra con el discurso jurídico persecutorio y con el encogimiento de médicos que temen ser adjetivados como destructores de una vida humana. *La catástrofe psíquica reside en sobrellevar el crecer muriendo de ese ser vivo, proceso que se desenvuelve dentro de ella.* Un proceso que conduce al progresivo deterioro de la capacidad de humanizarse que padece el feto, al que sin embargo ella humanizó al hacerlo su hijo. Mantener esa posición la lleva a transformarse en transporte de lo siniestro... ya sea que decida interrumpir el embarazo o seguir adelante con éste, el proceso psíquico incluye estos contenidos"⁽³¹⁾. Las sentencias que no autorizan un parto prematuro comparten lo que Fletcher denominó "falacia vitalista", que caracteriza como una conducta idolátrica porque conduce a jurar fidelidad a la existencia biológica y no a los valores y características humanas. La decisión que impide autorizar la interrupción del embarazo desconoce y rechaza los diagnósticos psicológicos que operan a partir de supuestos fundados por todas las teorías del trauma psíquico, por lo tanto se interviene judicialmente a partir de una falla de un déficit informativo doblemente grave ya que los aportes de los psicólogos se incluyen en cada historia llevada a la justicia⁽³²⁾. Y se condena a la mujer, dicho sea de paso, sin recursos, que vivencia y atraviesa el proceso de

gestación/duelo y al serle prohibida por la intervención judicial la interrupción del embarazo, se le causa un gran daño siendo sometida a la violencia moral y física⁽³³⁾.

Frente a la cuestión de la anencefalia, surge inevitable la discusión del aborto⁽³⁴⁾. No volveremos sobre este tema, que ha sido oportunamente desarrollado; simplemente haremos algunas reflexiones. Los tópicos relacionados con el aborto llevan a preguntarse 1.- ¿Estamos frente a un aborto? ¿voluntario, terapéutico o eugenésico? ¿sería legítimo alguno de ellos? 2.- Dada la patología del feto ¿es la inducción al parto equivalente a una práctica abortiva? ¿es moralmente equivalente matar y dejar morir?⁽³⁵⁾. Debido a su patología, ¿sería más acorde atribuirle la inviolabilidad de la persona o un respeto similar al que se debe al cadáver⁽³⁶⁾ o a una persona con EVP; o por el contrario deberíamos tutelarla con el más alto estándar, ya que sería un niño con una grave minusvalía?⁽³⁷⁾

Para quienes defienden esta última posición, el feto anencefálico es un niño con una grave discapacidad que merece por tanto la más alta protección, siendo primordial tutelar su vida⁽³⁸⁾.

Mediante el enfoque que recepta la dimensión psíquica de la salud de la madre, es factible considerar que en caso de detectarse a tiempo para interrumpir el embarazo, se estaría frente a la hipótesis del aborto terapéutico. También se ha reconocido el derecho a la autodeterminación procreativa de los padres, esto es, a la decisión de ellos frente al diagnóstico y pronóstico, con un feto incapaz de autonomía y de una vida solo vegetativa, aunado al deber del Estado de defender la salud⁽³⁹⁾. Sin embargo, independientemente de los estudios que demostrarían los peligros

(25) "Pero esta dificultad [continuar con el embarazo de un anencefalo] que habrá de requerir conductas ciertamente heroicas no puede servir de base a una decisión que implique el dar voluntariamente muerte a una vida humana inocente". MAZZINGHI, Gabriel. "Autorización para abortar denegada" (comentario al fallo "B de S, H.C. y S. C. A. s/autorización"). En: ED 172-295, ejemplar del viernes 9 de mayo de 1997. Cabe preguntarse si las conductas heroicas tal como propone el autor, son compatibles con las exigencias y parámetros de un régimen republicano; por otra parte repudiamos el uso del término 'vida humana inocente' (¿cuál sería la vida humana 'culpable'?) ya que su única finalidad es dibujar un pseudo concepto a fin de defender la pena de muerte. (Vid. SIVERINO BAVIO, Paula. "Ligadura de Trompas, delito o derecho?". En: Revista Biblioteca. Año 2. Número 3, noviembre de 2001. Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Lima, Gráfica Horizonte, 2001. Secc. Doctrina Internacional. Págs. 469 a 414).

(26) Sobre el deber de la madre: fallo "TS" disidencia juez Casás, dictamen del Fiscal General en la sentencia la CSJN disc. Dr. Boggiano y voto de mayoría caso "BA", sentencia de la SCBA.

(27) "...Advierto una enorme desproporción entre los valores en juego". Vid. voto del juez Negri caso "BA"; voto en disidencia del juez Casás en el fallo "TS" (Superior Tribunal).

(28) Compartimos la opinión de Gil Domínguez en tanto "no surge del bloque de constitucionalidad federal ningún precepto que establezca un derecho a la vida desde la concepción absoluta, inalienable, natural. Por el contrario, emana que a partir del momento de la concepción la vida humana en formación es merecedora de protección constitucional, pero dicha cobertura (amén de no ser sinónimo de tutela penal sino de utilización de la vía tuitiva más idónea, proporcional y necesaria) no es absoluta, sino que en el supuesto de colisión entre la vida humana en formación y otros bienes constitucionales, es posible desde la óptica de la vigencia y la validez constitucional que se prioricen estos bienes por sobre la vida humana en formación". GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. "La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires...".

(29) La expresión "dilema ético" o moral se refiere a situaciones en las cuales dos valores morales entran en conflicto, de manera que cada uno de ellos pueda ser protegido solo a expensas del otro. Deben existir al menos dos alternativas de acción razonablemente justificables desde el punto de vista moral.

(30) Así se estimó en el caso "Torres Estela c/ GCBA s/ amparo". Vid en el fallo "TS" el voto Dra. Conte.

(31) GIBERTI, Eva. "Anencefalia y daño psíquico de la madre". VII Jornadas Argentinas de Bioética. Bs. As. 2001.

(32) GIBERTI, Eva. Op. cit.

(33) GHERARDI / KURLAT. Op. cit.

(34) Vid. el análisis del tema en el voto del juez Maier en la sentencia "TS" del Superior Tribunal.

(35) Constantemente se insiste en los fallos que autorizan la inducción que el parto será la ocasión pero no la causa de la muerte (la causa es la patología que padece).

(36) "En el caso de inducción a partos de fetos anencefálicos no se está frente a una causa eugenésica sino evitar el nacimiento de un feto científicamente sin vida (fallo 'TS' sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, del voto de la Dra. Conde).

(37) La Declaración de Mónaco sobre Bioética y Derechos del niño, abril de 2000 manifiesta que "la vida del infante no será considerada un perjuicio cualquiera sea el grado de minusvalía física".

(38) Ver el voto del juez Pettigiani en el caso "B.A." resuelto por la SCBA.

(39) Fallo TS sentencia del Tribunal Superior, ver voto del juez Maier.

físicos⁽⁴⁰⁾ o psíquicos de este embarazo si la decisión de abortar se basara en la patología del feto⁽⁴¹⁾ podría argumentarse que se estaría frente a un aborto eugenésico⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾.

Contrariamente a lo que se ha sostenido en las sentencias que mencionamos, este tipo de aborto cuenta con una rancia tradición en el Derecho Penal⁽⁴⁴⁾, siendo contemplado dentro de los permitidos en el Código Penal en el artículo 86 pf.2⁽⁴⁵⁾, que tuvo por fuente directa el artículo 112 del Proyecto Suizo de 1916 en la reforma introducida por la Comisión del Senado en 1919. Alrededor del inc. 2 se generó una intensa discusión acerca de si el artículo permitía o no el aborto sentimental⁽⁴⁶⁾, pero fue indiscutiblemente aceptada y justificada⁽⁴⁷⁾ la inclusión del aborto eugenésico⁽⁴⁸⁾. Mucho se ha avanzado en el conocimiento de las enfermedades o desórdenes transmisibles por herencia descartando así muchas de las creencias de antaño, por otra parte, luego de Nuremberg las razones eugenéticas fueron fuertemente reprobadas; por lo cual,

los criterios actuales han tendido a interpretar la finalidad de este artículo en relación a la libertad sexual.

En la mayoría de los casos resueltos se ha tratado de situaciones donde el tiempo gestacional requería de una inducción al parto. Quienes han aceptado esta solución coinciden en que no se estaría frente a un aborto al no concurrir los elementos del tipo penal: el deceso ocurrirá por la patología del feto y no por el adelantamiento del parto⁽⁴⁹⁾.

El voto mayoritario del Tribunal Superior rescata el derecho a la dignidad de vida y el riesgo de caer en el encarnizamiento terapéutico, en resguardo del derecho a una muerte digna. Por el contrario, el de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires alerta contra el peligro de las 'prácticas eutanásicas'. La sobrevida fuera del útero va a depender de la tecnología disponible (nutrición, hidratación, oxígeno, asistencia respiratoria mecánica, asistencia vasomotora); al feto anencefalo no se le darán medidas de soporte

vital, que son técnicas que aplicadas al organismo pueden sustituir la función fisiológica de un órgano, cuando su afección ponga en peligro su vida; se califica al soporte vital en relación con el paciente crítico, estado que supone reversibilidad esperable y transitoriedad posible⁽⁵⁰⁾.

Sobre la definición de muerte, nuestro sistema, en el artículo 23 de la ley de transplantes recoge el de muerte cerebral total, que no se verifica ni en la anencefalia ni en el estado vegetativo permanente⁽⁵¹⁾ (EVP) porque en éstos no hay muerte encefálica (*whole brain criterion*); así el artículo 23 exige: 1) ausencia irreversible de respuesta cerebral, 2) pérdida absoluta de conciencia, 3) ausencia de respiración espontánea, 4) ausencia de reflejos cefálicos, 5) constatación de pupilas fijas no reactivas, 6) inactividad encefálica; estos signos deben persistir ininterrumpidamente durante 6 horas para certificar la muerte.

Otro criterio es el que define la muerte troncal, *high brain criterion*; en Inglaterra, por ejemplo, un feto anencefalo está legalmente muerto. Desde esta postura podría cuestionarse el criterio de la abolición de la función cerebral completa como indispensable para definir la muerte, desde que la pérdida absoluta de conciencia definiría más absolutamente la naturaleza y condición humana que la falla neurológica que provoca la homeostasis de las funciones vegetativas; en este sentido el voto del juez Maier trae a colación un artículo de doctrina que considera que la carencia de hemisferios cerebrales constituye 'la representación de lo subhumano por excelencia'; y entiende que el caso se relacionaría con definir qué es vida humana frente a procesos embriológicos fallidos, explicando la decisión de no intentar maniobras de reanimación o asistencia al compararlo con el EVP.

Como ya se ha señalado, la anencefalia es el equivalente en los niños del EVP por lo que podría decirse que adelantar el parto o inclusive interrumpir el embarazo sería una decisión equivalente a la de desconectar a una persona en EVP; sobradamente se ha advertido del riesgo de caer en un exceso o encarniza-

miento terapéutico en esos casos⁽⁵²⁾; la diferencia estriba en que en el caso del anencefalo, no se le administrarán medidas de soporte al nacer; su soporte vital es la madre; pero nos referimos a soporte vital en forma técnica, no al mero hecho natural de la dependencia del feto de la madre, ya que en este caso, es una dependencia que no se superará, dado que es una malformación incompatible con la vida. Es esta característica la que permitiría a la madre decidir sobre si seguir adelante o no con el embarazo, ya que sería "usada"⁽⁵³⁾, de la misma manera que un respirador y una sonda de alimentación; recordemos que el feto carece de capacidad relacional inclusive con la propia madre que lo lleva en su seno.

Ahora bien, en el caso decidido por la CSJN se puso gran énfasis en declarar que bajo ningún concepto se estaba frente a una autorización para abortar, que dado el tiempo de gestación, buena parte de la cual transcurrió en el proceso judicial, se trataba de una inducción al parto; precisiones obstétricas al margen, lo cierto es que si se estimara legítima la interrupción del embarazo, esta decisión debiera poder llevarse a cabo sin necesidad de someter a los involucrados en una cuenta espera en pos de hechar mano a eufemismos 'políticamente correctos'; tanto así que los pronunciamientos del caso "TS" y de la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. devinieron prácticamente abstractos, ya que las mujeres estaban próximas a cumplir los nueve meses de gestación, una dilación equivalente a denegación de justicia. A este respecto vale la aclaración que en el caso "T.S." una vez llegado al Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires fue tratado con máxima premura tanto en el Tribunal como en la Corte. Más cuestionable la decisión del juez Iribarren en Río Negro, el que pese al dictamen del Cuerpo Médico Forense y de la Asesoría de Menores (la pareja tenía un hijo de tres años) que aconsejaba la interrupción del embarazo, autorizaba la inducción al parto al llegar al octavo mes—para lo que faltaban más de dos meses—de modo de asegurar que "no abre ninguna llave para legalizar el aborto"⁽⁵⁴⁾. En otro caso en la ciudad de Buenos Aires, el parto llegó antes que la decisión judicial⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾.

- (40) "Posibilidades importantes de polihidramnios en una relación entre el 30 y el 50%, causando dificultad respiratoria, rotura uterina, embolia de líquido amniótico, hipotensión de decúbito dorsal, grave distocia, etc." ("Consideraciones éticas y médicas acerca de un embarazo anencefalo"). Comité de Ética del Hospital Privado de la Comunidad de Mar del Plata, 30/9/97; en www.bioetica.org/dictamen7.htm.
- (41) La legislación francesa es una clara muestra, autoriza la interrupción voluntaria del embarazo hasta las 12 semanas y el aborto 'terapéutico' sin limitaciones de tiempo, sin embargo lo 'terapéutico' no se refiere únicamente a la salud de la madre sino también a las minusvalías del feto, de las más severas a las más leves y acaso triviales—se han registrado casos de solicitud de aborto terapéutico de un feto que tenía un dedo menos—; dado que parece un caso muy diferente de aquellos en los que peligra la vida o la salud de la madre debería hablarse con claridad de aborto eugenésico. HERMITTE, Marie Angèle, *L'embryon*; conferencia del 27/6/02 en el marco del Seminario *Sujets et objets de droit dans les lois de bioéthique et leur revision*, 24 al 28 de junio de 2002, Centro Franco Argentino de Altos Estudios/UBA.
- (42) "Cuando el futuro hijo habría de ser, por herencia morbosa de alguno o ambos de sus padres, enfermo somático o psíquico". JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Libertad de amar y derecho a morir". 6ª ed. Losada. Bs. As., 1946. Pág. 349 y sgtes.
- (43) Explora esta posibilidad el fallo "B.de S. H.C. y S. C.A. s/autorización" de la C.N. Civil sala A del 9/10/96, publicado en ED 172-295, estableciendo que quedan excluidos de la desincriminación penal los abortos eugenésicos diversos del descripto por el C. Penal, entendiéndose por tales a los que se hacen con el fin de eliminar a fetos que presentan problemas congénitos, lo que sería contrario al orden jurídico vigente.
- (44) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit.
- (45) Art. 86. "...El aborto practicado por médico diplomado con el consentimiento de la mujer no será punible.(...) 2. Si el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor cometido contra una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".
- (46) Vid. en la obra citada la discusión entre Jiménez de Asúa y José Peco al respecto, pág. 358 y sgtes., y en Soler Sebastián, "Derecho Penal Argentino". T. III. Tea. Bs. As., 1953, pág. 128 y sgtes.
- (47) El propio Jiménez de Asúa que se había manifestado contrario a esta práctica en las ediciones anteriores de su libro, declara "hoy las acepto, con mayor motivo que en los casos de esterilización". Op. cit. Pág. 400.
- (48) SOLER Sebastián. "Derecho Penal Argentino". T. III. Tea. Bs. As., 1953. Pág. 129.
- (49) Vid. el meduloso análisis del juez Maier en el fallo "T.S."; HOOFT, Pedro. "La bioética y el derecho aunados en mitigar el dolor humano: la anencefalia a la luz de los derechos humanos y la bioética". JA abril 18 de 2001, N° 6242.

(50) GHERARDI / KURLAT. Op. cit.

(51) En ese sentido, fallo "B de S, H.S. y S, C.A. s/autorización, C.N. Civil sala A, 7/10/96".

(52) HOOFT, Pedro. "Bioética y Derechos humanos". Depalma. Bs. As., 2000.

(53) Vid. fallo "C.A. y V. de C.A. s/autorización", Juzgado Civil y Comercial N° 2 de San Martín, sentencia (denegatoria) del 31/10/86. ED 137,107.

(54) *Autorizan otro parto inducido*. www.diariojudicial.com/ Diario Judicial, noticia del día 7/02/02.

(55) *La justicia llegó tarde*. www.diariojudicial.com/ Diario Judicial, noticia del día 2/0/01.

(56) *Hay cosas que no pueden esperar*. www.diariojudicial.com/ Diario Judicial.

Una posibilidad sería deducir que el interés "vida del feto" podría ceder ante la decisión de la madre, en virtud de una ponderación de daño. Recordemos que el daño es la alteración de la situación de provecho que posee un sujeto respecto de un bien; pero el daño jurídico no se configura propiamente a raíz de una lesión sufrida por un bien tutelado sino a raíz de la transgresión de la garantía otorgada por la norma a la persona titular del bien más que al bien en cuestión. La juridicidad del daño es un requisito estructural, es el marco del daño⁽⁵⁷⁾. El derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, son de los llamados derechos humanos, personalísimos (Cifuentes) o existenciales (Rabinovich-Berkman). El derecho protege al ser humano —a la persona— en la más amplia forma, es decir de modo preventivo, unitario e integral; ello para que pueda realizarse, para que logre cumplir su proyecto de vida⁽⁵⁸⁾. El derecho a la vida (o sobre la vida para otra corriente) protege la posibilidad de autoconstrucción⁽⁵⁹⁾ del individuo, su oportunidad única e indelegable de proyectarse, de desarrollar su plan de vida⁽⁶⁰⁾, de vivir en el total e íntegro sentido de la palabra.

A diferencia de un feto sano o inclusive de uno portador de cualquier otra anomalía, que determinará su muerte al nacer, por ejemplo, aquellos casos de bebés con serias deficiencias de desarrollo del sistema respiratorio que mueren inmediatamente después del parto, el feto que padece anencefalia se distingue de ellos por una razón simple, carece desde su formación embrionaria de cerebro, *es decir, jamás tuvo ni jamás tendrá conciencia de sí mismo ni de su madre, ni del medio, ni de nada*. Podría entenderse que el feto anencéfalo no tiene la posibilidad de *existir*, definiendo como definíamos la existencia⁽⁶¹⁾ como la capacidad de autoconstruirse, de ser-en-sí y en los otros⁽⁶²⁾, de darse a sí mismo un destino, un plan personal, para lo cual es imprescindible la autoconciencia.

Por lo tanto, como el derecho a la vida (y en él a la integridad y a la salud) es tutelado en sí mismo y como soporte material de otros derechos y en orden a la posibilidad de defender el proyecto del sujeto, al tratarse de un sujeto absolutamente incapaz desde su mismo inicio de autoconstruirse, en el presente, no hablando de un futuro extrauterino, no tiene esa conformación de potencialidad que es tutelada en el embrión; el interrumpir el embarazo no lo daña, no alteraría el devenir del feto, no modificaría su historia, ya que es incapaz de generar para sí una historia aun en el seno de su madre, porque no tiene siquiera en la forma embrionaria y primitiva propia de su evolución gestacional, 'conciencia de sí' ni habrá de adquirirla.

Un feto que muere al nacer por una deficiencia respiratoria se 'autoconstruyó', vivió su historia intraútero hasta su muerte, la imposibilidad de sobrevivir a esa falla respiratoria truncó su proyecto de niño, adolescente y adulto, con el progreso de la ciencia, en algún momento ese bebé podrá sobrevivir, no es esa la situación de un feto que padece anencefalia. El feto anencefálico *carece de las potencialidades* que caracterizan y justifican la protección/inviolabilidad de la vida humana en formación; *no es ni acto, ni potencia*. Por ese motivo, es que la interrupción o la inducción del parto cualquiera sea el momento en que ésta se realice no atentaría contra los derechos de ese feto, si entendemos que no puede truncar un proyecto que jamás inició ni valga la redundancia, pero es esencial, jamás iniciará.

Por otra parte, las características de la patología vuelven artificiosos e inútiles los alegatos en pos de la vida del feto basados en la "mayor viabilidad" del mismo, ya que la inviabilidad por usar esa expresión, va a estar determinada desde su origen por la anence-

falia; el feto anencefálico es intrínsecamente inviable en virtud de ser portador de una anomalía genética que se encuadra dentro de la noción conocida como muerte neocortical, por lo que aplicar el concepto de viabilidad en relación con el tiempo de gestación carece de lógica y pretender la autorización de la inducción del parto por encuadrar dentro del tiempo de gestación que en un caso normal permitiría el nacimiento sin perjuicio para el feto, argumento defendido con énfasis por la CSJN, pone de manifiesto la falta de compromiso del máximo tribunal.

La viabilidad del feto no tendría la relevancia que en uno u otro sentido se le ha dado a lo largo de los fallos; salvo que lo consideremos 'inviable' no por la incapacidad de sobrevivir fuera del seno materno —hay casos donde se registra una sobrevivencia significativa⁽⁶³⁾— lo que quitaría fuerza categórica a esta afirmación— y no sería argumento legal válido ni suficiente⁽⁶⁴⁾ como para admitir la interrupción del embarazo o la inducción del parto; sino por esta incapacidad originaria, absoluta e irreversible de existir. Por este motivo tampoco estaríamos frente a una práctica eugénica, que ya ésta implicaría que por defectos graves o malformaciones se puede privar a un ser humano enfermo de la posibilidad de vivir su enfermedad, y de vivenciar lo que fuera su tiempo de vida y volver a lo dicho anteriormente, no hay proyecto que truncar, ni hay a quién discriminar; no se podría dañar⁽⁶⁵⁾ a un feto que no puede experimentar —en el sentido más amplio de la palabra— ningún daño o beneficio.

Es preciso dar lugar a la necesidad de desterrar el existismo médico, que lleva muchas veces al encarnizamiento terapéutico. En ciertas ocasiones el deber de beneficencia exige ya no el hacer vivir, sino un respetuoso Dejar Morir.

Este estado o defecto biológico no implica una desvalorización de la calidad de ser humano y de ser jurídico; por el contrario es producto de una concepción y por tanto digno de protección⁽⁶⁶⁾, pero en su particular situación, sus derechos tendrían un menor peso al colisionar con los de la madre. La madre, que sí ha incorporado ese niño a su historia, tiene la capacidad de optar, el bebé no, pero no debido a que está en el seno materno y es tan pequeño que nadie puede oírlo, ni por ninguno de los argumentos sentimentalistas que se han vertido, sino porque su propia conformación le ha negado esta posibilidad.

Esta problemática pone de relevancia la importancia de la participación de los Comités de Ética, hospitalarios o de instituciones privadas, como medio canalizador propicio de inquietudes y de búsqueda de respuestas en un ámbito interdisciplinario para orientar soluciones justas moralmente justificadas.

Los comités hospitalarios de ética (CHE) son grupos interdisciplinarios que insertos en una institución, desarrollan tres funciones básicas: *docente* (la educación del hospital y de su comunidad en los grandes temas de la bioética); *consultiva* (el análisis y discu-

(57) AGOGLIO, Marta. "Daño Jurídico". Tesis doctoral. UBA. Bs. As.

(58) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "La antijuridicidad como problema". En: Ameal-Tanzi coord. *Obligaciones y contratos en los albores del s. XXI*. Abeledo Perrot. Bs. As., 2001. Pág. 152.

(59) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. "Derecho Civil Parte General". Astrea. Bs. As., 2000. Pág. 23.

(60) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "La antijuridicidad como problema" en Ameal-Tanzi coord. *Obligaciones y contratos en los albores del s. XXI*. Abeledo Perrot. Bs. As., 2001. Pág. 145.

(61) "Existencia es una de las palabras que se emplean con el fin de designar la realidad, según el acento que le dio Kierkegaard: todo lo esencialmente real existe para mí solo en cuanto soy yo mismo, no estamos ahí meramente, sino que nuestro existente nos es confiado como lugar y como cuerpo de la realización de nuestro surgimiento originario". JASPERS Karl. "Filosofía de la existencia". Aguilar. Madrid, 1957. Pág. 24.

(62) "El otro es indispensable a mi existencia tanto como el conocimiento que tengo de mí mismo". SARTRE, Jean Paul. "El existencialismo es un humanismo". Losada. Bs. As., junio de 2002. Pág. 33.

(63) En un caso entrevistado en la ciudad de Río Gallegos, al nacer la bebé los médicos del Sanatorio la dejaron a un lado en una cuna sin dársela a la madre o proporcionarle alimento o cuidados de ningún tipo, finalmente la madre se fue del sanatorio llevándose a su hija al Hospital regional. La nena vivió 10 1/2 meses, pasó el 90% de sus días en el hospital donde fue intubada, alimentada por sonda nasogástrica, debieron hacerle tajitos en la piel porque se le coagulaba la sangre, y sufría constantes crisis respiratorias, siendo resucitada muchas veces hasta que finalmente falleció. Si bien los médicos aseguraban a la madre que producto de su anencefalia la nena no sufría, paradójicamente la madre sufría enormemente por las intrusiones al cuerpo de su hija; a la postre luego de fallecer la nena el marido se fue de la casa. Cabe aclarar que esta mamá no solicitó inducción al parto porque se enteró de la patología de la nena el día anterior a que se le practicara la cesárea, en una ecografía de control previa al parto.

(64) El C. Civil argentino, que reconoce a la persona desde el momento de la concepción, rechaza expresamente el requisito de viabilidad (arts. 70, 72 y su nota).

(65) Vale recordar que nos estamos refiriendo a una alternativa para resolver el conflicto de la tensión de derechos feto-madre; es claro que truncar la vida biológica de este feto representa un daño para él; pero lo que está en consideración es, dado el caso específico de su particularísima patología, y el daño cierto causado en la madre (y eventualmente en el grupo familiar) que ha tomado la decisión de no proseguir con el embarazo, qué curso de acción se ajusta mejor a la concepción de una conducta médica 'beneficente' y respetuosa de la autonomía, respecto de los dos 'pacientes' que involucra la situación, y qué marco ofrece el Derecho a este conflicto.

(66) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "¿Un aborto indirecto o parto inducido?". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 3. N° 6. Lima, agosto de 2001. Págs. 1-35.

sión de casos clínicos para esclarecer problemas éticos de los mismos); *normativa* (elaboración de normas éticas así como la implementación de las ya existentes para una jerarquización del hospital como institución) en torno a dilemas éticos surgidos de la práctica hospitalaria.

La justificación de los juicios morales se logra asegurando que el procedimiento de razonamiento moral cumpla con todas las exigencias para hacer del mismo un proceso correcto. El desarrollo de pautas para guiar la reflexión moral, la promoción de comités y comisiones de bioética que aseguren un razonamiento moral adecuado, y el establecimiento de normativas jurídicas, políticas y administrativas entre otras, son el mayor ejemplo de este modelo, concepción que destaca más en la bioética europea continental⁽⁶⁷⁾.

Cuestiones como las que hemos someramente comentado, ponen en evidencia la necesidad de abrir nuevos caminos de reflexión frente a los cuales, la bioética se nos presenta como un instrumento idóneo y fructífero para buscar soluciones verdaderamente ajustadas a Derecho, como aquel arte de lo bueno y justo, es alentadora la tendencia de la jurisprudencia en este sentido.

Cabe mencionar asimismo, que se han presentado proyectos de ley, entre ellos, a nivel nacional, el de la Dip. M^a. Elena Barbagelata, que posibilita a la mujer embarazada decidir la interrupción del embarazo o la inducción del parto o 'la realización de la acción terapéutica que resulte indicada' (art. 1), debiendo los profesionales médicos respetar esta decisión en tanto se verifique la certificación médica del diagnóstico ecográfico que indudablemente acredite anencefalia y la información adecuada y suficiente de las implicancias de su decisión así como su consentimiento por escrito de la solicitud de interrupción del embarazo (art. 2); el artículo 3 aclara que estas prácticas no configuran casos judiciales y no requerirán autorización previa, siendo obligación de los servicios de

tocoginecología contar con al menos un profesional dispuesto a realizar las prácticas contempladas en la ley (art. 4)⁽⁶⁸⁾. En vistas de la discusión pública del caso Tanus, la legisladora del gobierno de la Ciudad, Dip. Graciela González Gass, presentó un proyecto de declaración en la Legislatura del Gobierno de la Ciudad, apoyando el reconocimiento del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo o inducir el parto de un feto anencefálico.

Finalmente queremos compartir una preocupación: en el tratamiento y la consideración de los casos de anencefalia y otras malformaciones derivadas, no se han diseñado políticas sanitarias responsables⁽⁶⁹⁾, se sabe que en la incidencia de la anencefalia influye en forma significativa la carencia de ácido fólico en la madre, el que tiene que ser consumido en la dieta o en forma sintética prescrita por el médico con anterioridad al embarazo. Dados los niveles de mal nutrición y desnutrición que afectan a un elevadísimo número de personas en Argentina, y particularmente a mujeres en edad fértil y embarazadas, es de esperar un aumento en el número de embarazos de fetos con patologías como las descriptas. Una forma de paliar este efecto se lograría mediante una regulación para la prevención de defectos congénitos, con disposiciones concretas que dispusiera enriquecer ciertos productos básicos, como las harinas con ácido fólico, tal como se lleva a cabo en diversos países como México, EE.UU., Hungría, etc. Recientemente (agosto 2002) se ha sancionado una ley nacional⁽⁷⁰⁾ que prevé el enriquecimiento de harina de trigo para consumo interno, quedará por ver la efectiva implementación de estas disposiciones. Además, tal como advierte la Resolución 750/01 de la Defensoría del Gobierno de la Ciudad, es obligación del Estado llevar adelante una campaña de información destinada a orientar sobre la prevención de defectos congénitos y disponer las medidas para que los hospitales públicos suministren en forma gratuita las dosis de ácido fólico prescritas por un profesional, a aquellas mujeres en edad fértil que planeen un embarazo⁽⁷¹⁾.

Mucho queda por reflexionar sobre la problemática ética y jurídica de los embarazos anencefálicos, pero cualquiera sea la postura a que se adhiera respecto de los interrogantes que se han esbozado y otros tantos que podemos hacernos, no deberíamos perder de vista que tras las especulaciones y teorías, la realidad trae consigo una cuna vacía y el dolor.

BIBLIOGRAFÍA

- (67) TEALDI, Juan Carlos. "Bioética y Derechos Humanos". Conferencia en Bioética y Derechos Humanos - V Encuentro Nacional de Comités de Ética de la Salud y Reunión Regional de Derecho, Ética y Ciencia; Bio&Sur. Buenos Aires, 5 de octubre de 2001.
- (68) BARBAGELATA, Ma. Elena. Proyecto de Ley: Anencefalia. Cámara de Diputados de la Nación, recibido en mesa de entradas el 30/11/01, Sec D 1° 7346.
- (69) Consultar en este sentido la Resolución 750/01 de la Defensoría de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- (70) Ley 25.630, sancionada el 13/7/02 y promulgada el 22/8/02; Dec. Regl. 1563/02., BO N° 29.968 1° Secc, viernes 23 de agosto de 2002.
- (71) *Ibid.*

- AGOGLIO, Marta. *Daño Jurídico*. Bs. As. UBA tesis doctoral.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Autorización judicial solicitada para abortar*. Nota a fallo publicada en ED 114-184.
- BLANCO, Luis. Informe elaborado sobre los aspectos jurídicos de la ligadura de trompas de Falopio, para el Comité Hospitalario de Ética del Hospital de Clínicas "José de San Martín Facultad de Medicina". U.B.A., setiembre 4 de 2000.
- CECHETTO, Sergio. *Teoría y práctica del consentimiento informado*. Suárez, 2001.
- Comité de Ética del Hospital Privado de la Comunidad de Mar del Plata. *Consideraciones éticas y médicas acerca de un embarazo anencefálico*, 30/9/97 en www.bioetica.org/dictamen7.htm.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el parto inducido de una vida humana en formación: de cuando las convicciones personales se imponen a los valores constitucionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*. Nota a fallo. *La Ley*. Buenos Aires, 2001. Págs. 1293 - 98.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "La anti-juridicidad como problema" En: Ameal-Tanzi coord. *Obligaciones y contratos en los albores del s. XXI*. Bs. As. Abeledo Perrot, 2001.
- GHERARDI, Carlos, KURLAT Isabel. *Anencefalia e interrupción del embarazo*. Separata de Nueva Doctrina Penal-2000 B.
- GIBERTI, Eva. *Anencefalia y daño psíquico de la madre*. VII Jornadas Argentinas de Bioética, Bs. As. 2001.
- GORDILLO, Agustín. *El temor de los médicos ante el derecho desconocido*. Nota a fallo. En LL 2002-A, 724.
- HARRIS John. *Supermán y la mujer maravillo-*

sa, *Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*. Trad. de Michel Angststadt. Madrid, Tecnos, 1992.

- HERMITTE, Marie Angéle. *L'embryon. Conferencia del 27/6/02 en el marco del seminario Sujets et objets de droit dans les lois de bioethique et leur revision*, 24 al 28 de junio de 2002, Centro Franco Argentino de Altos Estudios/UBA
- HOOFT, Pedro. *La bioética y el derecho aunar en mitigar el dolor humano: la anencefalia a la luz de los derechos humanos y la bioética*. JA abril 18 de 2001, N° 6242.
- HOOFT, Pedro. *Bioética y Derechos humanos*. Bs. As., Depalma, 2000.
- JARQUE, Gabriel, Darío. *Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas*.
- JASPERS, Karl. *Filosofía de la existencia*. Madrid, Aguilar, 1957.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. 6ª ed. Bs. As., Losada 1946.
- MAGLIO, Ignacio. *Guías de buena práctica legal en VIH/SIDA*. Bs. As., Arkhetipo, 2001.
- MAZZINGHI, Gabriel. *Autorización para abortar denegada* (comentario al fallo "B de S, H.C. y S. C. A s/autorización"). ED 172-295, ejemplar del viernes 9 de mayo de 1997.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Derecho Civil Parte General*. Bs. As. Astrea, 2000.
- SARTRE, Jean Paul. *El existencialismo es un humanismo*. Bs. As. Losada. 2ª ed. Junio de 2002.
- SIVERINO BAVIO, Paula. *Visiones encontradas del derecho a decidir*. Disertación del 6/12/01 en el Centro de Estudios Carolina Muzzilli, Buenos Aires.
- SIVERINO BAVIO, Paula. *Ligadura de Trompas, delito o derecho?* Revista Biblioteca, Año 2 N° 3, noviembre de 2001. Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Lima, Gráfica Horizonte, 2001. Secc. Doctrina Internacional, págs. 469 a 414.
- SOLER Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. III. Bs. As. Tea, 1953, pág 128 y sgtes.
- TEALDI, Juan Carlos. *Bioética y Derechos Hu-*

manos. Conferencia en Bioética y Derechos Humanos - V Encuentro Nacional de Comités de Ética de la Salud y Reunión Regional de Derecho, Ética y Ciencia, Bio&Sur. Buenos Aires, 5 de octubre de 2001.

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *¿Un aborto indirecto o parto inducido?* Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 3, N° 6, Lima, agosto de 2001, Págs. 1-35
 - VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. 4ª ed. Lima, Grijley, 2001.
 - CSJN: "Tanus Silvia c/ Gobierno de la Ciudad s/ amparo", sentencia del 11/1/01.
 - "B.A. s/ autorización judicial", sentencia del 7/12/01.
 - SCBA: "B.A. s/ autorización judicial", acuerdo 82058, sentencia del 22/6/01.
- "Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín. Autorización". Ac. 85.566. Publicado en www.diariojudicial.com noticia del 8/8/02
- Ciudad Autónoma de Bs. As.: Exp 3658/01 "Tórreres Estela Marys y otros c/ GCBA s/ amparo", sentencia del 25/10/01. Juez Vicente Cataldo
 - "C.A. y V. de C.A. s/ autorización". Juzgado Civil y Comercial N° 2 de San Martín (sentencia denegatoria) del 31/10/86. *ED* 137,107.
 - "B. de S. H.C. y S. C.A. s/ autorización" de la

C.N.Civil, sala A del 9/10/96 publicado en *ED* 172-295.

- "G.C.E. c/ Clínica y Maternidad Suizo Argentina s/ amparo". Sentencia el 17/12/01". Jueza Marcel Dos Santos
- BARBAGELATA, Mª Elena, Proyecto de Ley: Anencefalia, Cámara de Diputados de la Nación, recibido en mesa de entradas el 30/11/01, Sec. D 1° 7346.
- GONZALES GASS, Graciela. Proyecto de Declaración, Anencefalia. Legislatura del Gobierno de la Ciudad.
- Resolución de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 750/01, del 19 de abril de 2001.
- Ley 25.630, sancionada el 13/7/02 y promulgada el 22/8/02; Dec. Regl. 1563/02., BO N° 29.968 1° secc, viernes 23 de agosto de 2002.
- Código Civil de la República Argentina, 27ª ed. Bs. As. AZ editores, 2001.
- *Autorizan otro parto inducido* www.diariojudicial.com/ Diario Judicial, noticia del día 7/02/02
- *La justicia llegó tarde*. www.diariojudicial.com/ Diario Judicial, noticia del día 2/0/01
- *Hay cosas que no pueden esperar* www.diariojudicial.com/ Diario Judicial