

DERECHOS HUMANOS Y ARGUMENTACIÓN EN EL CASO DE LA ANENCEFALIA CONSIDERACIONES JURÍDICO-FILOSÓFICAS CON REFERENCIA A UN CASO JUDICIAL

MARIANO G. MORELLI¹

“Lo que está en juego es nada menos que la vigencia de un imperativo categórico, que se ha convertido en resumen del legado ético de la Modernidad: el rechazo de que un sujeto humano puede ser tratado como un objeto (...) La progresión expansiva de la obligada protección de los sujetos fue tal que llevó a reconocer ficticiamente -por resultar beneficio para su libre despliegue- personalidad jurídica incluso a conjuntos que incluían realidades materiales. Surgen así las “personas jurídicas” que no son sujetos humanos, precisamente por el decidido propósito de facilitar a éstos el logro de sus fines. Todo ello hace más llamativo el afán de mantener la posible existencia de sujetos humanos que no sean personas. Esta tensión progresista, que dilataba el ámbito de atribución de la personalidad, se aplicó posteriormente al logro de una efectiva igualdad de derechos entre los nacidos, descartando discriminaciones por razón de sexo, color o incluso credo religioso. La abolición de la esclavitud constituyó un hito en la historia de la humanidad, precisamente porque parecía poner fin a la posibilidad de que un sujeto fuera tratado como un objeto, una persona como una cosa. La persistencia soterrada de la tortura y la abierta apología del aborto continúan marcando hoy un contrapunto de indiscutible frustración en este positivo proceso”²

1. Docente de la Facultad de Derecho, UNR.
2. Ollero, Andrés, “Derecho a la vida, y derecho a la muerte”, ed. Rialp, Navarra, 1994, pág. 33

1. Introducción

El 11 de enero del 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación autorizó, en fallo dividido, la inducción de un parto en un caso en el que el bebé contaba con 8 meses de gestación y padecía de anencefalia (“Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”). El 22 de junio del mismo año la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires denegó un pedido similar para un caso donde la gestación llevaba ya 35 o 37 semanas (causa Ac.82.058,”B.A. Autorización Judicial”).

La cuestión merece y mereció arduo debate y conflictivas consideraciones, tratándose de una temática en la que están en juego temas profundamente debatidos en la sociedad de nuestro tiempo.

Nuestra intención en este caso es hacer algunas consideraciones sobre la cuestión, que no pretende ser exhaustiva. Para nuestro cometido vamos a valernos de una perspectiva tridimensionalista, usando algunas categorías del trialismo de Werner Goldschmidt³, aunque sin pretender agotar el análisis. Ni siquiera pretendemos dar un tratamiento completo y global de la cuestión, imposibilitados como estamos de hacerlo aquí por razones de espacio. Nos vamos a limitar a algunos aspectos, que nos resultan particularmente interesantes.

2. Consideraciones fácticas (dimensión sociológica)

Se trataba en el caso de un embarazo anencefálico.

Se plantea si cabe asumir la conducción del proceso (“reparto”) interrumpiendo su gestación, sea a través del aborto (previo a la viabilidad) o la inducción del parto (en el caso de que el bebé sea viable, lo que se produciría aproximadamente a las 28 semanas de gestación, a partir de la cual cabría hablar de un parto prematuro); o, en su defecto, debe quedar sujeto a lo que deparen las fuerzas naturales, el azar, o la influencia humana difusa (“distribuciones”) las que determinarán el momento y modo en que el niño nacerá y/o morirá, y en las que incidirá, sin duda, la anencefalia.

3. Cfr. Goldschmidt, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6ª. ed., Depalma, Bs. As., 1987; Ciuro Caldani, Miguel Angel, “Metodología Jurídica”, FIJ, Rosario, 2000

Ocupémonos primero de esto último. La **anencefalia** es una alteración congénita de la que resulta la ausencia de hemisferios cerebrales y estructura ósea del cráneo. Se produce en la instancia de cierre de la porción superior del tubo neural motivando la ausencia o destrucción del cerebro que es sustituido por una masa rudimentaria de tejido mesenquimático y ectodérmico. El proceso patológico se inicia tempranamente entre los días 17 y 23 del desarrollo fetal” (“Obstetricia y Ginecología Latinoamericanas” N° 4, año 1988, vol. 56, pág. 232, primera columna, el subrayado no pertenece al original)” (cit. por Julio Nazareno en su voto en la causa citada). Se trata, parece, en consecuencia, de una “distribución”, en la que inciden cuestiones como la presencia o ausencia de determinados elementos químicos y vitamínicos en el organismo de la madre y quizás cierta predisposición genética en el bebé que hacen que luego de concebido el desarrollo cerebral no se desarrolle con normalidad. Es una patología que aparece, entonces, luego de la concepción.

Algunos han tratado de asimilar el caso de la anencefalia al supuesto de muerte cerebral previsto en las normativas vinculadas con los trasplantes de órganos⁴, para disponer así del embrión negándole la protección debida a las personas vivas. Pero la asimilación parece científicamente cuestionable. La muerte cerebral exige la cesación total e irreversible de la función cerebral **completa**. El bebé anencefálico, aún en el caso de que carezca completamente de los hemisferios cerebrales, está dotado de tejido cerebral rudimentario, el que le permite tener algunos reflejos elementales. Por otro lado, el organismo humano cuenta con sistemas de autoregulación que no dependen del sistema nervioso central. “El niño con anencefalia no está muerto, es una persona viviente con una profunda, como una persona en estado vegetativo persistente, pero no total destrucción de su órgano primario. Es por esta razón que solamente si la totalidad del cerebro ha muerto se trata de una persona muerta; y desde que el niño con anencefalia no puede ser juzgado, sin riesgo de equivocarnos, como con total muerte cerebral, él o ella debe ser tratado como una persona con los derechos que le son propios”⁵. Tendríamos, entonces, un caso similar al de una persona en “vida vegetativa”, distinto del supuesto de “muerte cerebral”; el primero está vivo, el segundo, muerto. Por otro lado, la muerte cerebral lleva a partir de ella a la desintegración posterior del organismo; mientras que el bebé anencefálico continuará creciendo y desarrollándose hasta que su limitado desarrollo nervioso resulte insuficiente y lleve a su fallecimiento. Hasta tal punto no pode-

4. Puede v. nuestro “Muerte cerebral y Ley de Trasplantes. Introducción”, publicada en El Derecho, boletín del 22/4/97.

5. Benedict Ashley, O.P., “Anencephalic”, L'Osservatore Romano, Weekly Edition in English, 23 September 1998, page 8

mos considerarlo un “muerto”, en cuanto resulta raro hablar de un muerto que crece y se desarrolla. En este sentido, nos parece poco feliz la metáfora utilizada por el voto del Dr. Petracchi, recogiendo dichos del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires, de que impidiendo la interrupción del embarazo se convierte a la mujer en un “féretro ambulante”. Un “féretro” porta un cadáver. El niño anencefálico es una persona viva.

Las estadísticas norteamericanas indican un porcentaje de 0,03 % de casos de anencefalia sobre el total de nacimientos. Alrededor del 44 por ciento de los nacidos vivos mueren durante el primer día de nacidos, del 5 al 8 % viven más de una semana, y sólo el 1% vive más de 3 meses⁶.

Abordemos ahora el problema de la conducción humana. Cabe, nos parece, hacer una distinción de grado. Difícilmente un acontecimiento puede ser explicado de un modo monocausal; la realidad social es compleja y presenta un entretejido de nexos causales que ayudan a explicar los fenómenos, aunque nos parece que podemos atribuir distinta relevancia según el caso a estos factores. En este marco, puede parecer posible establecer una diferenciación entre el aborto, en el cual la conducta humana puede ser considerada la causa relevante de la muerte del bebé; y la inducción del parto, en la cual el influjo de la acción humana (que adelante el parto) se une como concausa a la anencefalia en la causación de la muerte. Previo a la viabilidad cabría que consideremos a la muerte causada principalmente por la intervención humana; luego de la viabilidad deberíamos considerar, junto con aquélla, a la patología como determinante en la muerte del niño. De todos modos, encierra ciertas dudas el pensar en la viabilidad como un criterio abstracto y general: la viabilidad, para el anencefálico, es escasa cualquiera sea el momento del parto, con lo que la distinción de acuerdo al tiempo de la gestación se torna en cierto modo artificial en su caso. Si el nacimiento le acarreará la muerte, difícil es negar que podemos atribuir la muerte a quien provoca el nacimiento, sea la naturaleza o el obrar humano.

Como en la mayoría de los fenómenos sociales, en el caso los sujetos intervinientes son muchos. Podemos considerar como repartidores a la madre, al personal médico, y a los organismos judiciales. Y como beneficiarios más directos al bebé anencefálico, a su madre y al resto de la familia. Recibirán estos últimos beneficios o cargas, según el caso.

Está en juego, por un lado, la vida. Fundamentalmente, la vida del bebé, en cuanto el embarazo anencefálico no coloca en grave riesgo la vida de la madre. Con

6. Michael Melnick and Ntinos C. Myrianthopoulos, “*Studies in Neural Tube Defects II:: Pathologic Findings in a Prospectively Collected Series of Anencephalics*”, *American Journal of Medical Genetics* 26 (1987): 797-810.

mayor precisión, diríamos que está en juego la vida intrauterina del bebé, de la que se vería privado en el caso de la inducción del parto, y no tanto de la vida extrauterina, por cuanto no sobreviviría fuera del vientre materno más de algunas horas, días o semanas, según el caso. Por la misma razón, está en juego un tiempo de vida, el tiempo que resta hasta el cumplimiento del período normal del embarazo. Tengamos presente, además, que para el viviente vivir es ser, con lo que la misma existencia del ser humano, al menos por este tiempo, está en juego.

Está en juego, además, la libertad. Está en juego la libertad de la mujer de poner fin al embarazo. Está en juego la libertad del personal médico de llevar adelante la intervención, está en juego.

Además, está en juego la afectividad y eventualmente la salud psíquica, tanto de la madre como de sus familiares, dado el desgraciado destino que con suma certeza espera al bebé y la angustia que la espera del mismo genera en sus progenitores y parientes. No está en juego, parece, el sufrimiento del bebé, en cuanto a que la anencefalia lo priva de ser pasible de estados de conciencia.

También están en juego las cargas, incomodidades y riesgos que tiene todo embarazo, cuya continuación o no está en discusión; y también las que se siguen de una intervención de aborto o inducción de parto. Aunque posiblemente en el caso tengan una relevancia mayor, en cuanto a que las posibilidades de complicaciones en estos embarazos son mayores en virtud de la patología que padece el bebé.

Digamos, por último, que es en la defensa o preferencia de algunos de estos bienes que se sustentan las razones que se alegan para propender o cuestionar la inducción del parto o el aborto, y los motivos que persiguen quienes tienen poder de decisión en la materia.

3. Las normas y su funcionamiento (dimensión normológica)

El abordaje normativo no está libre de cuestiones complejas. Cuestiones como la protección jurídica de la vida, la salud, la familia, los derechos fundamentales, están en juego en el caso. Evidentemente, no podemos abordarlos todos. Nos limitaremos, por ser el tema más ríspido, a recorrer la problemática de la protección de la persona por nacer en el sistema jurídico argentino.

La Constitución Nacional

La Constitución Nacional en su texto originario carecía de una referencia expresa y general a la protección del derecho a la vida. Consiguientemente, y como es

lógico, tampoco trae referencia alguna a su inicio. Había sí, algunos artículos que indirectamente lo contemplaban. El art. 29, por ejemplo, establece que el Congreso no puede otorgar facultades extraordinarias ni la suma de poder público, ni otorgar sumisiones ni supremacías por las que “la vida”, el honor o la fortuna de los argentinos quedaran a merced de gobierno o persona alguna. Es decir, el Congreso no puede otorgar facultades por las que la vida de alguien quede a merced de otra persona. Frente a una disposición así, parece difícil afirmar la constitucionalidad del aborto libre (que deja al por nacer a merced de la voluntad de su madre). El art. 33 establece que la enumeración de derechos y garantías no significa negación de otros no enumerados, que nazcan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Aquí, obviamente esta el derecho a la vida.

Sabemos que el espectro de derechos consagrado en 1853 se amplió con la reforma constitucional de 1994, cuando en el art. 75 inc. 22, otorga jerarquía constitucional a algunos tratados internacionales de derechos humanos, “en las condiciones de su vigencia” y siempre que no deroguen artículos de la parte dogmática, y entendiéndose como complementarios de los derechos y garantías consagrados.

Pero una cuestión fundamental radica en preguntarse cuándo comienza la protección constitucional al derecho a la vida ¿con la concepción? ¿con la fecundación? ¿con la anidación en el útero? ¿a los catorce días? ¿a los tres meses de embarazo? ¿con el nacimiento?

Durante la Convención Reformadora de 1994 se intentó incluir un artículo que protegiera clara e indubitadamente la vida desde la concepción. Las negociaciones políticas terminaron con la ambigua redacción del art. 75 inc. 23, 2^a. Parte, el que atribuye al Congreso:

“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral 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.”

Como vemos, establece la protección del niño, pero con referencia al sistema de seguridad social (y no al derecho penal, marco en el que se debate el delito de aborto), y desde el “embarazo”, con lo que daría pie a que se considere el comienzo de aquella recién con la anidación en el útero. De todos modos, las disposiciones del Código Civil sobre el comienzo del embarazo lo sitúan en el momento de la misma concepción, como veremos en su momento.

La Convención sobre los derechos del niño

Dijimos que la Constitución ha otorgado jerarquía constitucional a varios tratados de derechos humanos. El problema es que el art. 75 inc. 22 indica que esta jerarquía es gozada por los tratados “en las condiciones de su vigencia”. Esta expresión, “en las condiciones de su vigencia” referida en el art. 75 inc. 22, ha generado problemas con la Convención sobre los Derechos del Niño, porque como dijimos en el módulo introductorio, cuando nuestro país ratifica la Convención hace una aclaración, diciendo que por niño se entendía todo ser humano desde la concepción y hasta los 18 años de edad. Esta aclaración interpretativa solo tiene valor para la Argentina; y si lo consideráramos como haciendo a la “vigencia” del tratado, daría rango constitucional a la prohibición del aborto. El problema se da, entonces, en determinar qué quiere decir la Constitución cuando menciona “en las condiciones de su vigencia”, ¿refiere a la vigencia en el plano internacional, o respecto de la Argentina? Si la solución correcta es esta última, entonces la protección de la vida desde la concepción, sin ninguna excepción (a diferencia de lo que, según veremos a continuación, ocurre en la Convención Americana sobre Derechos Humanos) tendría rango constitucional en nuestro país.

¿Qué significa la vigencia de un tratado? Bueno, para que un tratado firmado por nuestro país entre en vigor, tenga valor jurídico, se requiere la firma, aprobación (por el Poder Legislativo) y ratificación (por el Poder Ejecutivo) del mismo. Además, algunos tratados prevén entre sus cláusulas que sólo entrará en vigor una vez reunido cierto número de ratificaciones. El derecho internacional suele admitir que un tratado sea suscripto por un estado pero “con reservas”. Es decir, que no sea totalmente admitido por éste, sino solo en la parte que no ha sido excluida por las reservas. Es que la comunidad internacional prefiere que un estado se adhiera al tratado parcialmente, antes que no lo haga de ninguna forma. En el caso de que exista una reserva, ese tratado tendrá vigor, respecto de ese estado, únicamente en la parte aceptada por éste, ajena a la reserva.

Cabe entonces que exista un tratado que no obliga a todos los estados, frente a los demás, en la misma extensión, porque los han suscripto con reservas. Este fenómeno ha sido explicado por los autores de dos maneras: a) Para algunos, genera la existencia de una vigencia internacional del tratado, tal cual su texto completo, y otra vigencia nacional para cada estado, de acuerdo a las reservas que realizare; y b) Para otros, el tratado tiene una sola vigencia, que incluye la reserva de los países que la hubiesen realizado. Coincidimos con esta segunda posición. Sólo existe una vigencia, la que tiene el tratado según los países que lo hubieren ratificado y las con-

diciones en que lo hubiesen hecho. Solo en estas condiciones la comunidad internacional puede exigirle a cada país que cumpla el tratado; no puede requerirle el cumplimiento en condiciones distintas a las que lo ha ratificado. De allí que la misma vigencia internacional incluye las mismas.

Por qué el tema es tan importante. Si nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño aclarando que entendía por niño al ser humano desde la concepción, y se sostiene que esto hace a la vigencia "nacional" del tratado pero no a la vigencia "internacional", habrá que preguntarse si cuando la Constitución Nacional le reconoce jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", a cual de estas dos vigencias se refiere. Y si concluimos que refiere a la vigencia internacional, entonces la aclaración argentina no puede ser incluida en nuestra constitución, ni la protección de la persona humana desde la concepción. En cambio, consideramos que solo existe una vigencia del tratado, porque la misma vigencia ante la comunidad internacional del tratado tiene en cuenta las reservas de cada estado⁷.

El tema mereció debate durante la Convención Constituyente⁸:

"Al debatirse el tema en la Convención Constituyente de Santa Fe-Paraná, surgieron al respecto dos posiciones claramente diferenciadas: la de quienes sostenían que el tratado regía por sí mismo, con independencia de las reservas, y la de quienes entendían que aquéllas integraban la vigencia del tratado: a) En términos claramente representativos de la primera posición, se dijo: "... en lo concerniente a las condiciones en que se consagra la jerarquía institucional de los tratados y convenciones, se explicita que será "en las condiciones de su vigencia". Tal requisito deberá interpretarse como las condiciones de vigencia en sí del tratado y no a las condiciones de su vigencia para nuestro país". "En este sentido, las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidos en los textos de los tratados" (Inserción solicitada por el convencional Alfonsín, Convención Nacional Constituyente, 23a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria [Continuación], 3-VIII-94, págs. 3093 y 3094). En igual concepción se sostuvo: "... de la lectura y el análisis profundo de la Convención de Viena, en cuanto al derecho de los tratados, cuando habla de las reservas dice en el artícu-

7. En este sentido Rodolfo Barra, *Protección constitucional del derecho a la vida*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pág. 29
8. Barra, Rodolfo, *Ob. Cit.*, nota 45, pág. 29

lo 22 que todo Estado-parte puede retirar la reserva en el momento que crea conveniente, y este retiro no significará que los demás Estados signatarios tengan que aceptarlo o no” “¿Esto qué significa? Significa que es indudable que esta reserva materialmente no forma parte del tratado...” “... la vigencia del tratado es la del tratado mismo” (Intervención del convencional Peltier, Convención Nacional Constituyente, 22a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria [Continuación], 2-VIII-1994, págs. 2871 y 2872). “... la declaración e, inclusive, la reserva, no forman parte del tratado, porque ésta puede ser retirada en algún momento por el gobierno de turno...” (Intervención del convencional De Vedia, Convención Nacional Constituyente, 22a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria [Continuación], 2-VIII-1994, pág. 2877)”.

“b) En la segunda posición, tuvimos oportunidad de introducir el debate, destacando que “en las condiciones de su vigencia”, significa “... tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino. La incorporación al ordenamiento argentino es, como dijo la Corte Suprema, en la causa Ekmekdjian, un “acto federal complejo” que tiene tres etapas: primero, la firma del tratado; segundo, la sanción y promulgación de la ley aprobatoria y tercero, la ratificación internacional. Es decir, la manifestación internacional del consentimiento obligacional de nuestro país -lo que hace, y por tanto, esto integra necesariamente el acto o tratado- con las reservas y declaraciones interpretativas, si las hubiese” (Intervención del convencional BARRA, Convención Nacional Constituyente, 22a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria [Continuación], 2-VIII-1994, pág. 2836). “Por lo tanto, sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para nosotros” (Idem., Convención Nacional Constituyente, 22a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria [Continuación], 2-VIII-1994, pág. 3077). En igual postura, se afirmó: “...que la vigencia de un tratado alcanza no sólo al contenido del mismo, sino también a las reservas incluidas por el Ejecutivo al ratificar el respectivo tratado. Ello no puede negarse que sea así, debido a que si es cierto que la ratificación es el acto constitutivo de la validez del tratado, en tanto la reserva forma parte de la ratificación, es obvio que ella forma parte del tratado” (Inserción solicitada por el convencional QUIROGA LAVIE, Convención Nacional Constituyente, 23a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria [Continuación], 3-VIII-1994, pág. 3217)”.

En apoyo de la tesis de la vigencia de la declaración interpretativa argentina que tutela la vida desde la concepción, se ha señalado que:

“Tal como rigen en el derecho internacional, como destaca Boggiano, significa: “... incluyendo el modo particular de vigencia que tenga en cada Estado (v. gr. atendiendo a las respectivas reservas)” (Boggiano, Antonio, *Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires, 1995, pág. 103). Así, en opinión del autor citado, “... hay referencia a los tratados tal como son, esto es, tal como rigen en el derecho internacional para los Estados contratantes. Sería inconcebible que un tratado internacional tenga una vigencia en el derecho internacional y otra en el derecho interno” (Boggiano, op. cit., pág. 121). Y las condiciones de vigencia del tratado, a su vez, dependen del derecho internacional general y consuetudinario, de tal modo que la referencia del art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada, es al derecho internacional entendido éste como un todo sistemático (Boggiano, op. cit., págs. 120 y 121)”⁹

En el mismo sentido se manifiesta un autor en una obra específica sobre la temática:

El texto que se incorpora a la Constitución es el del Tratado tal cual ha sido aprobado por los órganos nacionales competentes con las reservas y declaraciones interpretativas y sin considerar si aquéllas han sido o no aceptadas con posterioridad por otros Estados. Comparto pues en este punto la opinión de Bidart Campos: “debe entenderse que ‘condiciones de vigencia’ son las que, al tiempo de entrar en vigor la reforma, surgían del previo reconocimiento o ratificación que les había deparado nuestro país. Por ende, ‘en las condiciones de su vigencia’ es una pauta que indica que se deben tomar en cuenta las reservas y aclaraciones de todo tipo que Argentina incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación o adhesión internacional a cada uno de los textos mencionados en los once apartados enunciados precedentemente”¹⁰.

Esto hace que debamos extender al por nacer la protección que la Convención

9. Barra, Rodolfo, Ob. Cit., nota 46, pág. 30

10. Colautti, Carlos E., “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, La Ley, Bs. As., 1999

reconoce al niño en cuanto a que “los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” y “garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño” (art. 6), disposición de aplicación importante para nuestro tema, más aún cuando el mismo texto exige una protección especial cuando se trata de niños mental o físicamente impedidos (art. 23)

Un abordaje más completo nos exigiría analizar las disposiciones de otros instrumentos internacionales como la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, y la protección al derecho a la vida que la primera reconoce a “todo ser humano” (art. 1) y la segunda aclara “en general, desde la concepción” (art. 4), “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1), derecho que no puede ser suspendido ni siquiera en situaciones de guerra o peligro público (art. 27), pero no podemos ocuparnos aquí por razones de espacio de las cuestiones que plantean estas fórmulas normativas.

El Código Civil Argentino

¿Cuándo comienza la existencia de la persona para nuestro Código Civil?

Apartándose del derecho romano clásico que consideraba al *per nacer* (“nasciturus”) como una víscera de la madre (aunque se ha indicado que esta disposición romana se refería al hijo de una esclava), el Código Civil Argentino considera a los embriones como “personas por nacer”, desde que “están concebidas en el seno materno”, y “antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido” (art. 63 y 70), sin importar si tienen posibilidad de sobrevivir luego del nacimiento o que mueran después de nacer, aunque con carácter condicional, pues si muriesen antes de estar totalmente separados del seno materno, se considera como si nunca hubiesen existido (art. 74).

El problema es que el Código no dice cuándo debe considerarse producida la “concepción”. Lógicamente, para la fecha de su dictado (1871), mediados del siglo pasado, los conocimientos de la embriología no permitían mayores precisiones y no pudieron ser incluidas por su autor, Dalmacio Vélez Sársfield.

Recordemos la referencia importante del art. 76, cuando dice que “la época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el *máximum* y el *mínimum* de la duración del embarazo”. Digo que resulta importante, porque si consideramos que la concepción equivale a la fe-

cundación, ello significa que para la ley el embarazo comienza con la fecundación (“concepción”) y no con la anidación, y ello puede ser de utilidad para interpretar el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional.

Nosotros pensamos que si bien el Código no define cuando va a considerar producida la “concepción”, lo que su autor quiso decir es que la persona comienza su existencia desde que comienza la vida humana. Él no podía saber si ello exigía fecundación, fusión, anidación, desarrollo cerebral, etc. Por eso nosotros, haciendo una interpretación progresiva, podemos llenar este vacío con los datos que provee la ciencia médica moderna.

Si bien, como dijimos, esta personalidad está condicionada al hecho de que nazca con vida, pues de otro modo se entenderá, ficticiamente, y por razones prácticas, como si nunca hubiese existido, nuestro Código Civil no exige la viabilidad para la consideración de la persona:

“Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo” (art. 72).

El autor del Código, Velez Sársfield, argumenta contra esta exigencia de la viabilidad, indicando en la nota respectiva que:

“es contrario a los principios generales sobre la capacidad de derecho, la que es inherente al sujeto por el solo hecho de la existencia de la criatura humana, sin consideración alguna a la mayor o menor duración que pueda tener esa existencia (...) Por lo demás, ¿qué médico puede decir que el feto ha estado 178 días en el seno materno, y no los 180 exigidos por las leyes? Se abriría una puerta a la incertidumbre de los juicios individuales y a las opiniones peligrosas de los facultativos sobre el tiempo que dicen ha permanecido el sujeto en el vientre”.

Con relación a las personas de existencia visible, el Código Civil dispone que son tales:

“todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”.

El Código no define ni precisa que es esto de “signos característicos de humanidad”. El antecedente de esta disposición lo encontramos en el derecho romano, que no consideraba persona, fundamentalmente a los fines sucesorios, al sujeto que naciese con caracteres de monstruo o prodigio. Sin embargo, hoy día una tesis como esta resulta insostenible:

“Está perfectamente determinado por las leyes de la medicina moderna que no es posible que la mujer dé a luz monstruos sin figura humana, y cualquiera que sea la deformación del nacido su personalidad es inatacable. Fuera de la muerte natural no hay situación en que el ser humano pierda absolutamente su capacidad de derecho, pues la muerte civil no existe. Por lo tanto, debemos concluir que el Código Civil solamente requiere para que exista persona humana que haya cuerpo humano y vida biológica, y el mismo Código ha presupuesto que todo ser nacido de madre humana es humano; como bien se expresa, es la generación, no la figura, lo que determina la naturaleza humana”¹¹.

Agregaríamos nosotros a tal consideración que los “signos de humanidad” requeridos por el Código son plenamente acreditables gracias a los conocimientos genéticos. La información cromosómica puede indicar, con certeza, si se trata o no de un individuo humano.

De este modo consagra la norma el principio de paridad entre el concebido no nacido y el nacido: ambos son personas, sujetos de derecho. Este principio de paridad reconocido en nuestro Código Civil se inspira en las disposiciones análogas de las Partidas castellanas y en el Esboço del jurista brasileño Freitas. Éste había seguido a Juliano, quien asimilaba el por nacer al infante, diferenciándose de la posición de otros dos renombrados juristas de la Roma imperial, Papiniano y Ulpiano, que en tesis que después seguiría Savigny, sostenían que el por nacer no tenía existencia propia, sino formaba parte de la madre.

El Código Penal Argentino

¿Cuándo comienza la existencia de la persona para nuestro Código Penal? Dijimos supra, que el Título I del Libro II regula los delitos contra las personas, y entre ellos, los delitos contra la vida. No dice el Código desde cuando. De todos modos, del sistema de protección de los mismos, como decíamos en el Módulo Introdutorio, podemos extraer que el Código protege con la tipificación del homicidio la muerte de la persona nacida; y con la tipificación del aborto la muerte de la persona por nacer. Ahora bien, ¿desde cuándo?

No resulta fácil la respuesta a esta pregunta. Debe tratarse de un aborto. La ley no define que es un aborto. Aborto es, en lenguaje ordinario, la interrupción de un

11. Beluscio-Zanoni, “Código Civil y Leyes complementarias”, ed. Astrea, Bs. As., 1978, tomo I, pág. 269

embarazo. Ello significa que presupone la existencia del bebé en el útero materno. A la misma conclusión se llega si tomamos en cuenta que una de las razones de la punición del aborto lo constituye lo riesgoso que el procedimiento resulta para la vida de las madres. El autor del Código, Rodolfo Moreno, analiza las distintas definiciones sobre el aborto, y concluye señalando que el delito de aborto tiene por objeto destruir la vida del feto, impidiendo el nacimiento, no tratando de anticipar el parto¹².

El Código Penal establece que “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” (art. 86). Sin embargo, la jurisprudencia ha sido sumamente restrictiva a la hora de interpretar este artículo, considerando que debe tratarse de riesgos a la salud de la mujer que asuman gravedad extrema, no siendo suficientemente los riesgos para la tranquilidad psíquica. Incluso han existido tribunales que han descartado la aplicación de este inciso luego de la reforma constitucional de 1994 y sus afirmaciones sobre el derecho a la vida del por nacer en igualdad de condiciones a las demás personas.

El Decreto 1406/98

Tiene importancia, aunque indirecta, como reconocimiento del comienzo de la vida desde la concepción, el Decreto 1406/98 que instituye el día del Niño por nacer. Decimos que consideración indirecta, porque, además de tratarse de un decreto y no una ley (y no pueden regularse los derechos individuales a través de decretos, sino que requieren leyes -art. 14 y art. 19 de la Constitución Nacional), el mismo se limita a instituir una “celebración”, y no a regular derechos y deberes:

Llámesese especial atención a su considerando:

CONSIDERANDO: ... Que especialmente en su etapa prenatal, el niño es un ser de extrema fragilidad e indefensión, salvo la natural protección brindada por su madre... Que la vida, el mayor de los dones, tiene un valor inviolable y una dignidad irrepetible... Que debe reafirmarse públicamente el compromiso de este Gobierno con las causas de la humanidad, así como lo ha hecho en los Foros Internacionales de El Cairo en 1994, Copenhage y Beijing en 1995 y Estambul en 1996, y tomando en cuenta

12. Moreno, Rodolfo, “El Código Penal y sus antecedentes”, Buenos Aires, Tomo III, pág. 408.

que habitualmente se designa un día en el calendario para conmemorar los hechos más relevantes del género humano, se considera apropiado y necesario dedicar un día en el ámbito nacional al niño por nacer, con el objeto de invitar a la reflexión sobre el importante papel que representa la mujer embarazada en el destino de la humanidad, y el valor de la vida humana que porta en su seno... Que se estima conveniente que el Día del Niño por Nacer se celebre el 25 de marzo de cada año, fecha en que la Cristiandad celebra la Anunciación a la Virgen María, en virtud de que el nacimiento más celebrado en el mundo por cristianos y no cristianos es el del Niño Jesús cuyo momento de concepción coincide con dicha fecha... Que también en ese día se conmemora el Aniversario de la Encíclica *Evangelium Vitae*, que el Papa Juan Pablo II ha destinado a todos los hombres de buena voluntad...

Art. 1º - Declárase el día 25 de marzo de cada año como "Día del Niño por Nacer".

Art. 2º - Encomiéndase al señor Secretario de Culto de la Presidencia de la Nación, al señor Embajador de la República ante la Santa Sede y al señor Asesor Presidencial para la Protección de los Derechos de la Persona por Nacer, la organización de los eventos destinados a la difusión y celebración del "Día del Niño por Nacer" el próximo 25 de marzo de 1999.

Del sistema normativo descripto surge, nos parece, la imposibilidad de practicar una intervención como la solicitada. Para el derecho argentino, la viabilidad o no del embrión resulta indiferente, y su derecho a la vida se eleva como derecho inviolable con jerarquía constitucional, digno de ser garantizado por el estado en la mayor medida posible.

La argumentación jurídica en el caso de la anencefalia

Resulta especialmente interesante hacer alusión en este tema a los desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica. Frente a la visión exegética que reducía el razonamiento jurídico y la justificación de las decisiones a un silogismo simplificado y legalista, a los postulados de la lógica formal, o lo consideraba jurídicamente incontrolable, aparecieron voces que desde el rescate de nociones antiguas como la de retórica, o de los tópicos, o la idea de razonabilidad práctica, trataban de fundamentar y racionalizar un proceso de justificación de las decisiones jurídicas que satisfaga nuestras aspiraciones en la solución de los casos. En este marco, destacamos

especialmente las elaboraciones de Chaim Perelman, proponiendo una “nueva retórica”¹³(que no se dirige a obtener demostraciones científicas sino a guiar deliberaciones y controversias, teniendo por objeto los medios de persuadir y convencer por medio del discurso), de Theodor Viehweg¹⁴ y su postulado de un pensamiento tópico (a partir del problema y no del sistema), y de Manuel Atienza¹⁵ y su propuesta de expresar gráficamente la estructura de una argumentación.

En concreto, hemos escogido para nuestro análisis la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” el 11 de enero de 2001, en la que se debatía un recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia del Superior Tribunal de la ciudad Autónoma de Buenos Aires que había autorizado la inducción de un parto en un caso de anencefalia.

Podemos sintetizar el razonamiento de la mayoría del siguiente modo: reunidos los requisitos de admisibilidad y admitido que se trata de un caso urgente, debe confirmarse la resolución autorizando a la inducción del parto, en cuanto no se trata de un supuesto de violación del derecho a la vida ni de aborto, desde que la sentencia ordena preservar la vida del bebé, y su muerte se debería, no al parto sino a la anencefalia; con lo que no se altera el curso natural de las cosas, dado que el bebé carece de probabilidades de vida extrauterina y en el caso el embarazo está ya avanzado más allá de la viabilidad, por lo que su adelantamiento no modifica las posibilidades, escasas, que tiene de supervivencia. Es importante subrayar que destaca en varias oportunidades que no se trata de un supuesto de aborto, por lo que no cabe analizar si se dan las condiciones exigidas por el Código Penal para su no punibilidad; ni por ello puede considerarse este fallo como un precedente en cuanto a la admisión del aborto. Al final del artículo acercamos una representación gráfica de la estructura argumental de la decisión.

En la argumentación del caso podemos observar varios de los elementos anticipados por Perelman y Viehweg.

1) Por lo pronto, el enfoque tópico, problemático, del asunto. A lo largo del fallo se evidencia a todas luces que no es deduciendo mecánica y formalmente desde

13. Perelman, Chaim y Olbrecht-Tyteca, Lucie, “Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica”, ed. Gredos, Madrid, 1989; Perelman, Chaim, “La lógica jurídica y la nueva retórica”, ed. Civitas, Madrid, 1988, trad. de Luis Díez-Picazo (tít. orig. *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*)
14. Viehweg, Theodor, “Tópica y filosofía del derecho”, ed. Gedisa, Barcelona, 1991, trad. de Ernesto Garzón Valdés; Viehweg, Theodor, “Tópica y Jurisprudencia”, ed. Taurus, Madrid, 1986, traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León
15. Atienza, Manuel, “Derecho y Argumentación”, Bogotá, 1998; Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992

el sistema que se arriba a la solución de la causa, sino contemplando el caso con su complejidad y requiriendo al sistema elementos para echar luz sobre el mismo¹⁶.

2) En relación con las técnicas argumentativas, podemos visualizar en el fallo un sinnúmero de ellas. En primer lugar, el recurso a nociones no carentes de cierta ambigüedad y por ello dotados de gran fuerza persuasiva, como la noción de “persona”. Por otro lado, el punto de partida fundamental de la argumentación, cual es el dar **presencia** a los elementos o factores en cuyo favor se argumenta. En el caso que nos convoca parece que el objetivo estratégico podría consignarse del siguiente modo:

a) Quienes argumentan a favor de la inducción del parto, deberían reforzar la presencia de elementos como la imperfección del anencefálico, el sufrimiento de la madre y la ausencia de toda posible vida extrauterina¹⁷.

16. En el considerando 12 del voto de la mayoría puede leerse una expresión que deja en claro la situación problemática que no puede evadirse: “12) Que numerosas razones conducen a aceptar la solución dada por el a quo a un caso que -como bien se dice en la sentencia- los jueces quisieran no tener que resolver. En efecto, se verifica la situación paradójica de que, con el alumbramiento, aún rodeado de las máximas precauciones que pueda proporcionar la ciencia médica, acontecerá la muerte del nasciturus. Llegar a ser un individuo en el mundo exterior significa cruzar el umbral que, en la especie, resulta insuperable pues el mero hecho de atravesarlo provocaría el deceso. Y de esa suprema contradicción, que conjuga la vida y la muerte, fluyen los sentimientos confusos que el caso guarda.”

17. Lo encontramos con mucha claridad en el voto de Bossert, quien se extiende sobre las cuestiones apuntadas. Sobre la inviabilidad del feto afirma: “11º) Que el Comité de Bioética del mencionado hospital informó el 27 de noviembre de 2000 que el feto comprometido en la anencefalia tiene viabilidad nula en la vida extrauterina. Ese parecer fue reafirmado en la audiencia celebrada en la misma fecha ante la cámara por el subdirector del Hospital Doctor Horacio Illia, conforme al acta que obra en autos, éste señaló que “la viabilidad nula que menciona el informe de la comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas. No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida entre inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses. El feto se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encefalo, remendando una situación usual. Ocurre que al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En Ningún caso un recién nacido de estas circunstancias recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de vida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría...El proceder solicitado por la actora constituiría una evacuación precoz, que podría llevarse a cabo ante una indicación al respecto. Este embarazo tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy, o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. Señala que la interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de 26 semanas. Actualmente se trataría de un parto inmaduro y, a partir de la semana 28 sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado”. En cuanto a los padecimientos de la madre, dice Bossert: “Ello conduce a advertir que el simple objetivo

b) Quienes argumentan en contra de la inducción, deberían reformar la presencia de cuestiones como el comienzo de la vida desde la concepción con independencia de su viabilidad, la dignidad de toda vida humana, y el valor per se de la vida intrauterina¹⁸

de prolongar la vida intrauterina de nasciturus no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con "viabilidad nula en la vida extrauterina" (del informe del Comité de Bioética del Hospital Ramón Sardá). Sufrimiento que no solo ha sido avalado en autos por la declaración del médico doctor Ricardo Illia en la audiencia del 27 de noviembre del 2000 quien expresó, entre otros conceptos, "en orden del daño psicológico, concuerda con la actora que esto tiene visos de tortura", sino que el más elemental sentido común permite comprender. Además, las expresiones de la actora vertida en esa audiencia, que describen con sobriedad, sin patetismo, aspectos de su vida cotidiana, su prolongada aspiración de tener un segundo hijo, la alegría inicial y la desesperación que sobrevino revelan sin que quede lugar a una réplica seria, respetuosa de la condición humana, más allá de la retórica - la magnitud del drama que la actora y su familia están viviendo. En ese grave daño psíquico de la actora - que sin duda han de padecer quienes componen el grupo familiar, incluida su hija de 12 años- representa una lesión de su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional (conf. art.75, inc.22, de la Constitución Nacional) art.12 incs. 1 y 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer que impone a los estados partes adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica y el art. 12 inc. 2 del mismo tratado en cuanto dispone que los estados partes garantizarán a la mujer los servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, también el art.10 inc.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 4 inc. 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, art. 20 de la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley 153, art.3 de dicha ciudad.". En el mismo sentido se expresa Petracchi: "No puede dejar de reconocer que el propósito buscado por la madre no es matar a su hijo, sino poner fin a un embarazo que tiene **visos de tortura**", como lo reconoció el director del Hospital Sardá (fs. 61) (en la expresión utilizada por la jueza Ruiz, del Tribunal Superior de la Ciudad, se trata de madres que son verdaderos **féretros ambulantes**, con cita de Suplicy, Marta. "Projeto de lei numero 1956/96. Autoriza a interrupcao da gravidez nos casos previstos na presente lei". Diário da Camara dos Diputados, 1996, junho 6: 17850, Brasil)" (la negrita nos pertenece). La presencia de las malformaciones había sido realzada por el Tribunal Superior de Buenos Aires, mediante afirmaciones como las siguientes: "la anencefalia "representa, entre las patologías fetales, un carácter clínico extremo. La ausencia de los hemisferios cerebrales -vulgarmente, de cerebro y de cráneo- constituye la "representación de lo subhumano" por excelencia... "por faltarles el mínimo de desenvolvimiento biológico exigido para el ingreso a la categoría de humanos" para afirmar más adelante "Es el cerebro el que permite o posibilita la personalización de la humanidad" en los términos del art. 70 del Código Civil (fs. 192, último párrafo y 193)"

18. El voto de Nazareno, contra la inducción, fortalece la presencia de los signos que identifican jurídicamente a la persona: "8°) Que para dar respuesta a la primera de las preguntas formuladas es

3) Como dijimos, las técnicas argumentativas utilizadas son varias, sin embargo, nos parece que hay dos especialmente utilizadas:

a) Primero, la de disociación: los Ministros partidarios de la inducción del parto intentan disociar nociones cuyo vínculo podría acarrear el rechazo de parte del au-

preciso tener en cuenta que, a pesar de la máxima de Javoleno que reza "Omnis definitio in iure civile periculosa est" (Digesto, 50, 17, 202) y a la advertencia de Freitas en sentido análogo (ver nota al art. 495 del Código Civil), la ley define a las personas como "todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones" (art. 30 del cód. cit.) al tiempo que prescribe que "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible" (art. 51 cód. cit.) y, además, 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. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fueren por instantes después de estar separados de su madre" (art. 70, cód. cit.). La disposición transcrita en último término es inequívoca en punto a que la protección legal de la persona humana comienza desde su concepción; y son menos explícitas otras normas, pero de rango constitucional, que serán consideradas más adelante (vgr.; art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional; art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 6.1. de la Convención sobre Derechos del Niño y art. 2 de la ley 23.849. Queda claro, pues, que se "es" persona desde la concepción en el seno materno, y siempre y cuando se tengan "signos característicos de la humanidad" (art. 51 cit), expresión esta que ha suscitado críticas por parte de algunos autores (ver Llambías J.J. Tratado de Derecho Civil, Parte General, Editorial Perrot, Buenos Aires, 5ta edición, T. I., pág. 249, número 320), pero cuyo cabal significado corresponde establecer en el sub examine." En el mismo sentido, realza los signos de humanidad del bebé anencefálico: "Dicha disciplina -en sus conceptos elementales, comprensibles para cualquier persona medianamente ilustrada- nos enseña que la secuencia del ácido desoxirribonucleico, identificado bajo la conocida abreviatura "ADN" "es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética" en el que existen "secuencias denominadas únicas que codifican para las proteínas" (Chieri, Primadora, "Genética Clínica", López Libreros Editores, Buenos Aires, 1988, pags. 34 y 42); se trata de lo que se ha dado en llamar "el corazón mismo de todos los procesos vitales", se transmite de generación en generación según el proceso físico-químico descubierto por Crick y Watson; es un hecho científico que la "construcción genética" de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues "El ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles" (conf. Salet, Georges, biólogo y matemático, en su obra "Azar y certeza" publicada por Editorial Alambra S.A., 1975, ver pags. 71, 73, y 481; la cual fue escrita en respuesta al libro "El azar y la necesidad" del Premio Nobel de Medicina Jacques Monod). En una línea afín de pensamiento, modernamente se sostiene que "Hoy se sabe que las células vivientes constituidas por una cinta doble de ADN, están estructuradas por un determinado número normalmente par de cromosomas. También se sabe con certeza que ese número cromosómico varía según las distintas especies animales. Los cromosomas de los antropoides se parecen a primera vista a los de los seres humanos, pero con las particularidades típicas de cada especie. Una rápida mirada a través del microscopio electrónico permite distinguir eficazmente los cromosomas de un chimpancé, de un gorila, de un orangután, y, por supuesto, de un hombre. A tal punto que, actualmente, en el campo de la imprevisible genética la especie se defi-

ditorio. Así, desean disociar la inducción del parto del aborto, la muerte del feto de la inducción del parto y el derecho a la vida de la vida intrauterina.

ne por el número cromosómico celular. La especie humana, y solamente ella, tiene en sus células 46 cromosomas (23 procedentes de la vía paterna y 23 de la materna); esa larga molécula de ADN de dos metros de largo (si es que se desplegara totalmente) es el único vínculo que une a los hijos con sus padres, y a estos con sus progenitores, y así hasta sus orígenes. Ninguna prueba de laboratorio (estudiando los célebres fósiles) existe para demostrar que, en esos orígenes, hayan existido verdaderos hombres con un número cromosomático diverso al de los actuales” (conf. Basso Domingo “Justicia original y frustración moral” Abeledo Perrot, 2000, págs. 20 y 21, ver nota 52 en pág 21 concorde con Curtis Helena, “Biología” 4ta. ed., Medicina panamericana, México 1985, págs 267 y sgtes.; Martínez Picabea de Giorgiutti, E. “Aproximación a la problemática actual de biogenética” ,CELAM Bogotá 1985; Diccionario Médico Salvat, 3ra. ed., Barcelona, 1990; Thompson, J. S. - Thompson M.W. “Genética Médica”, 3ra .ed. Salvat, 1985). De ello se deduce que el ADN humano o genoma humano identifica a una persona como perteneciente al género humano y, por ende, constituye un signo “característico” e irreductible de humanidad en los términos de la ley (art. 51 del Código Civil). Es una función de esta realidad científica que tantos genetistas como juristas y aún filósofos coinciden, con ligera diferencia de matices, en adoptar medidas tendientes a proteger la dignidad del genoma humano; y que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) haya creado el Comité Internacional de Bioética, instancia internacional destinada a la reflexión sobre las investigaciones en biología y genética y a las aplicaciones experimentales de éstas, en cuyo seno se han propiciado estudios e iniciativas tendientes a fijar pautas para evitar la manipulación genética (ver la conocida Declaración Universal sobre el Genoma Humano en el contexto de las iniciativas propiciadas por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, en Gaceta Médica de Caracas, volumen 106, N° 1, Enero-marzo de 1998, Caracas, Venezuela). A esta altura del desarrollo argumental no pueden existir dudas sobre el carácter de persona humana del organismo viviente que la amparista alberga en su vientre ya que, es obvio decirlo, tanto ésta como su cónyuge son humanos y, por ende, son aptos para transmitir esa condición a sus hijos.” También hace presente el período de vida prenatal, que se acortaría con al inducción del parto: “9°) Que sentado lo anterior, ¿tiene la persona anencefálica por nacer derecho a la vida? Las particularidades del caso y el tratamiento que los jueces de las instancias inferiores le han dado a esta cuestión, nos lleva a reformular el interrogante en los siguientes términos; ya que de acuerdo a los diagnósticos médicos el nasciturus morirá indefectiblemente después de nacer, ¿tiene derecho a vivir en el vientre de la madre durante todo el período que dure el embarazo hasta el parto espontáneo?” , y más adelante agrega que “llama la atención que, en este orden de consideraciones, ninguno de los votos que conformaron la mayoría del fallo recurrido haya dedicado una sola línea a la hermenéutica de las normas constitucionales aludidas, sea para darles un sentido distinto del que tienen, sea para confrontarlas con otras de igual rango y concluir en su inaplicabilidad”. Lo mismo hace Boggiano: “4°) Que, en tales condiciones, la anticipación del parto privaría a la criatura de su perspectiva de seguir viviendo en el seno materno hasta el día de su alumbramiento natural. La autorización del adelantamiento, conferida en la sentencia, supone convalidar una conducta cuyo inexorable desenlace es la muerte del ser en gestación. Permite, en definitiva, poner fin a una vida y coloca a los médicos en el trance de atentar contra el ideal de esa profesión, que exige luchar contra el dolor y la muerte hasta el último momento posible... 7°) ... Y

En primer lugar, entonces, disociar la **inducción del parto del aborto**, para separar la aceptación de la primera de la reprobación del segundo¹⁹.

En segundo lugar, disociar la **muerte del bebé** de la inducción del parto; convencer de que la muerte se debe no a la acción autorizada (la inducción del parto) sino a la patología que padece²⁰.

b) Notamos también la presencia del argumento pragmático, centrado sobre la inutilidad de continuar con el embarazo dada la segura muerte del nasciturus²¹.

no es entendible, para mitigar, esta situación anímica, que se prive a la criatura de las pocas semanas de vida que le quedan. Hacerlo, configuraría un arbitrario desconocimiento del derecho fundamental a la vida, que, en el caso, es superior al alegado por la madre y por tal motivo debe prevalecer sobre éste. 8º) Que, por último, el argumento que se funda en las limitadas o nulas posibilidades de sobrevivida después del nacimiento para justificar el parto anticipado, desconoce el valor inconmensurable de la vida de la persona por nacer, porque supone que su existencia tiene un valor inferior a la de otra que tuviese mayores expectativas, e inferior aún a las del sufrimiento de la madre o de su núcleo familiar.”

19. Esta disociación está presente en el voto de la mayoría, que se encarga de destacar que: “13) Que debe exponerse, como resumen de lo aquí señalado, que no trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es -para excluir la protección de su vida- persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida. En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación. Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura -dentro del margen de toda situación vital- el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir. No sólo ello: entre las cargas impuestas a los médicos que intervendrán, se les señala que deberán cumplir todas las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria” .
20. Leemos en el fallo: “adelantar o postergar el alumbramiento, en esta etapa de la gestación, no beneficia ni empeora la suerte del nasciturus. Es que su eventual fallecimiento, no depende de ello sino de la gravísima patología que lo afecta. Es de la naturaleza de este mal que exteriorice su máxima dimensión de la separación del feto de su madre, pues el abandono del seno materno es, precisamente, la circunstancia que revela su ineptitud para la vida autónoma. 11) Que el nacimiento no es, en el caso, un medio para causar la muerte del feto. Así lo aseveran los informes médicos que obran en la causa y lo ratifican en el dictamen de la Comisión de Bioética del establecimiento hospitalario implicado (ver fs. 58); el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita... Pero para dejar atrás la confusión es preciso afirmar que en la decisión a la que arriba en el fallo nada hay que altere el curso natural de las cosas: concepción, vida en el seno materno, transcurso de un período de gestación más que suficiente para la formación del ser humano completo y viable, su alumbramiento sin riesgos para el hijo y madre, y la preservación del derecho a la vida de ambos durante el curso de este proceso mediante instrucciones precisas del tribunal a quo en ese sentido. El suceso escapa de todo control científico o jurídico ya que la vida del niño sólo perdurará durante el mantenimiento en el seno de la madre, que concluye al cumplirse un plazo infranqueable: el ciclo normal de gravidez.”
21. “No es ajeno a esta conclusión el avanzado estado del embarazo de la amparista, que desde el punto de vista científico autoriza a calificar el eventual nacimiento como “premature”, pero no ya co-

Como dijimos, valiéndonos de las enseñanzas de Manuel Atienza, hemos ensayado una representación gráfica de la estructura argumental del voto de la mayoría en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que puede verse al final de este trabajo.

4. Consideraciones de valor (dimensión dikelógica)

Al hilo de nuestro análisis, corresponde ahora que abordemos la cuestión desde el plano de los valores.

No escapará que en el caso valores como la vida, la libertad, la integridad física y psíquica, aparecen en conflicto. Y cuando ya es sumamente difícil argumentar en ética, mucho más tratándose de un caso como este, que se acerca mucho al caso límite. Por eso vamos a tratar de cerrar este trabajo, adelantando que no creemos aceptable ni el aborto ni la inducción del parto de bebés anencefálicos, con algunas preguntas.

mo “inmaduro” (ver declaración del doctor Illia, especialista en la materia, en fs. 59 vta.) y, menos aún, como un medio con aptitud para causar la muerte de la persona por nacer, por la insuficiencia de su evolución. El mismo profesional médico califica como nula la viabilidad del feto fuera del vientre materno, a cuyos efectos declara que no existe diferencia en cuanto a su posibilidad de sobrevivida, entre inducir el parto en ese momento o esperar el íntegro transcurso de los nueve meses de gestación, pues “al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen, no podrá subsistir con autonomía”, de modo que diagnostica “el fallecimiento indefectible”... 9°) Que, según los informes obrantes en la causa, adelantar o postergar el alumbramiento, en esta etapa de la gestación, no beneficia ni empeora la suerte del nasciturus”. También está presente el argumento pragmático a la hora de fundar la necesidad de una resolución rápida de la Corte (habilitando incluso la feria judicial): “El transcurso íntegro de ese período vital tornaría inoficioso un pronunciamiento de este Tribunal, a la vez que sería susceptible de concretar el daño actual o inminente en que se sustenta esta acción de amparo. Esas circunstancias imponen al Tribunal la adopción de una decisión con la máxima urgencia, máxime frente a la comprobación de que cuestiones de competencia han provocado dilaciones incompatibles con el inevitable término del proceso de gestación de un ser humano... 5°) Que esta Corte ha asumido la imperiosa necesidad de pronunciar su decisión tempestivamente al habilitar la feria judicial para dar oportuna respuesta a la petición sub examine. Ello, porque en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible, que indefectiblemente concluirá con el alumbramiento del nasciturus, a diferencia de lo acontecido en la causa “Bahamondez” (Fallos: 316:479), en la que cuando se dictó el pronunciamiento se hallaba superada la crisis, dentro del cuadro clínico que había suscitado el conflicto.”

¿Todos los hombres deben ser sujetos de derecho?

Parece contradictorio asignar derechos a un ser humano, y luego negarle el carácter de persona, si persona es, justamente, sujeto de derechos. Y resulta contradictorio reconocerle derechos a un ser humano, y negarle justamente el más fundamental, el derecho a la vida. Y es un derecho tan básico que debe ser protegido por el estado, respecto del cual no cabe tolerancia, al menos como regla (distinto son las excepciones a los castigos penales, que en función de las circunstancias socio-económico-culturales, pueden aplicar los jueces e incluso eximir de pena al autor de un delito, inclusive contra la vida).

“Quienes pretenden separar los conceptos de hombre y persona no han considerado a fondo las consecuencias que derivan de ello. Según la concepción tradicional, bien fundamentada filosóficamente, es persona todo individuo de una especie cuyos miembros normales tienen la posibilidad de adquirir conciencia del propio yo y racionalidad. Si sólo fueran personas los seres que disponen actualmente, de hecho, de esas propiedades, sería legítimo matar a un hombre durante el sueño e impedirle despertar, pues mientras duerme no sería persona (...) Reducir la persona a ciertos estados actuales -conciencia del yo y racionalidad- termina disolviéndola completamente: ya no existe la persona, sino sólo ‘estados personales de los organismos’. Esta doctrina se halla en franca contradicción con nuestra intuición espontánea más elemental. Es, incluso internamente contradictoria, pues los estados personales de conciencia no se pueden describir en absoluto sin recurrir a la identidad entre hombre y persona”²².

La genética revela que desde la unión del óvulo y el espermatozoide existe un nuevo ser humano con toda la información genética necesaria para desarrollarse; allí tenemos un ser con identidad propia, distinta de la del padre y de la madre, con un código genético (llamado “genotipo”) que no sólo determina qué es un ser humano sino además tal ser humano con sus características propias: aunque no tenga ya formados los ojos, ya tiene establecido cuál va a ser su forma y color; lo mismo respecto de las huellas digitales, sexo, etc. El genotipo constituye como una “biografía” de la persona. El tamaño no debe engañarnos: es nuestra cortedad de vista la que nos impide ver los increíbles procesos que se desarrollan en esa pequeñísima primera cé-

22. Spaeman, Robert. “¿Todos los hombres son personas?”, en *Bioética: consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*, ed. Rialp, Madrid, 1992, pág. 71

lula embrionaria. No hay razones para no considerarlo persona humana desde la fecundación; aunque no pueda utilizar algunas de sus facultades por insuficiencias en el desarrollo de algunos órganos²³.

Se han destacado tres características del proceso de desarrollo del ser humano desde el cigoto: la coordinación, la continuidad, y la gradualidad. Coordinación, en cuanto se trata de un subseguirse e integrarse coordinado de actividades celulares bajo el control del nuevo genoma. Continuidad, en cuanto el proceso se prosigue sin interrupción, como sucesión ininterrumpida de acontecimientos concatenados y coordinados, el uno con el otro, sin interrupción; ya que si la hay, se da o patología o muerte. Gradualidad, en cuanto a que la forma definitiva se alcanza gradualmente en pos de una finalidad o sentido teleológico: el crecimiento y desarrollo del nuevo ser²⁴. Por tal razón la tutela debe realizarse desde la concepción.

Por otro lado, creemos que Creemos que una solución se impone: resolver la duda en beneficio de la vida. Si tenemos dudas, debemos presumir que se trata de un sujeto de derechos y tratarla como tal.

“¿No optamos, en caso de duda, a favor de la vida? ¿Acaso enterramos a aquellos cuya muerte es dudosa? ¿O acaso no trabajamos frenéticamente para ayudar a rescatar a un minero atrapado, para buscar un niño perdido en la montaña, o a personas sepultadas bajo las ruinas de un edificio derrumbado? ¿O es que un cazador dispara antes de estar seguro si ese que entrevé es un ciervo o un ser humano? Nosotros sugerimos que un modo realmente humano de pensar la cuestión es otorgarle a la vida el beneficio de la duda”²⁵.

Es más, en el orden jurídico es norma dar el beneficio de la duda al más débil o indefenso: al deudor (favor debitoris, art. 218 inc. 7 Código de Comercio Argentino), al empleado (pro operario, art. 9 Ley de Contrato de Trabajo), al imputado

23. Serra, A., “Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto e alla teologia”, cit. por SGRECCIA, Elio, Manual de Bioética, ed. Diana, México, 1996, pág. 338
24. Cfr. SERRA, Angelo, “La ley del desarrollo del embrión humano revela cuándo “yo” soy “yo””, en AA.VV., “El inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano”, (Madrid, 1999), B.A.C, p. 39.
25. Jack y Bárbara Willke, “Aborto, Preguntas y Respuestas”, ed. Bonum, Bs. As., 1992, pág. 50. Nos ocupamos del argumento en “Paradigmas jurídicos y Bioética”, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, n° 21, 1996

(pro reo, art. 3 Código Procesal Penal de la Nación). Hoy día se habla incluso del favor consumitorio (en beneficio del consumidor, frente a las empresas).

¿Todos los sujetos de derecho deben tener los mismos derechos fundamentales?

Una vez respondido lo anterior, si debe considerarse al ser humano desde la fecundación como sujeto de derechos, nos preguntamos si deben serle reconocidos los derechos fundamentales. No todos los seres humanos tienen plena capacidad jurídica, es decir, pueden adquirir y ejercer todos los derechos. Ello depende de diversas circunstancias de edad, madurez, a veces incluso del sexo. Pero algunos derechos, fundamentales, humanos, por ser reconocidos a todo hombre por el solo hecho de ser hombre, parecen innegables al cigoto. Entre ellos, el más fundamental, el derecho a la vida. Negarle el derecho a la vida sería lo mismo que negarle todo derecho, porque es la raíz y presupuesto de todos los derechos. Si vamos a considerarlo sujeto de algún derecho, debemos contar, al menos, con el derecho a la vida.

En este sentido nos parece que aunque pueda hablarse de algún tipo de diferencia accidental entre los seres humanos (en cuanto a edad, sexo, capacitación, nacionalidad, e incluso, en alguna medida, salud), y que en virtud de esas diferencias accidentales pueda graduarse el reconocimiento de determinados derechos, nos parece que ello no cabe cuando se trata de los derechos fundamentales y mucho menos cuando se trata de la vida, presupuesto y fundamento de los demás. Puede admitirse alguna "gradualidad", no sustancial, en el desarrollo del hombre y consiguientemente en el reconocimiento de derechos. Pero negar el derecho a la vida es negarlos todos. Por ello discrepamos con la sentencia del Superior Tribunal de la ciudad de Buenos Aires recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto pudo decir, para autorizar lo que en ese momento era un aborto, que "la anencefalia "representa, entre las patologías fetales, un carácter clínico extremo. La ausencia de los hemisferios cerebrales -vulgarmente, de cerebro y de cráneo- constituye la 'representación de lo subhumano' por excelencia..."

Se recoge de Nietzsche una expresión: "Lo que me preocupa no es que me haya mentado, sino que, de ahora en adelante, ya no podré creer más en ti". La cita es interesante porque muestra como detrás de un acto o situación concreta se esconde un principio más general del que derivan otras consecuencias. Cuando hacemos una afirmación o realizamos un acto, realizamos muchas afirmaciones o asumimos posturas que son consecuencia difícilmente escindible de los primeros. Podemos admi-

tir o negar una tesis, pero una vez hecho eso, no podemos librarnos de aquéllas unidas necesariamente a las mismas.

En el caso que nos ocupa, pensamos que la admisión de la inducción del parto o del aborto en el supuesto de la anencefalia significa afirmar implícitamente las tesis que a continuación se detallan, y que no podemos compartir:

Que en determinadas situaciones, un ser humano puede ser mediatizado y tratado no como un fin en sí mismo, sino como un puro medio, con valor exclusivamente en la medida en que sirve para otros fines; descartado cuando no sirve.

Esta tesis, que contradice el imperativo recogido por Kant que nos exige el tratar a la humanidad, en nuestra persona y en la de los demás, siempre como un fin y nunca como mero medio, se encuentra escondida, nos parece, tras la autorización para poner fin al embarazo. Ello se advierte claramente si se toman en cuenta las siguientes tesis, que se admiten implícitamente en el caso:

Que en determinadas situaciones es legítimo privar o abreviar de la vida a un ser humano inocente en interés de otras personas. En el caso, no es el interés del bebé el que mueve a la intervención médica, sino el de otros (madres, familiares, equipo médico, etc.).

Que en determinadas situaciones es legítimo hacer cálculos utilitaristas que lleven a considerar que la vida de determinados sujetos humanos no tiene una "calidad" tal como para que merezca respeto. En el caso, en primer lugar, negar el valor de la vida en sí misma con independencia de si se desarrolla intrauterinamente o extrauterinamente, para concluir que la escasa probabilidad de supervivencia al parto por un tiempo suficiente justifique que se lo prive del resto de tiempo de vida correspondiente al tiempo normal del embarazo. En segundo lugar, negar el valor de la vida con independencia al hecho de si va a continuarse por mucho o poco tiempo. Y en el mismo sentido, que la certeza de que una persona morirá pronto legitima en algún caso que la prive hoy de su vida. Sin embargo, quizás, hasta quepa el razonamiento al revés. Privar de algunos meses de vida (los que resten de la gestación) al bebé anencefálico a través del aborto o la inducción del parto, no solo podría no justificarse por el hecho de que morirá poco tiempo después de nacer, sino que incluso agravaría la conducta, en cuanto a que estaríamos privando a la persona del ya poco tiempo que la naturaleza le depara en este mundo. Va a estar con nosotros solo algunos meses, ¿vamos a privarlo incluso de ellos? En tercer lugar, implica negar el respeto que a la vida humana y la persona humana con independencia del grado de desarrollo orgánico que detenta o ha alcanzado. Nos parece que la vida humana merece respeto incondicional aunque sea en condiciones muy deterioradas y aunque solo vaya a durar un segundo. Con argumentos similares a los que

justifican la interrupción del embarazo cabría defender la muerte de personas discapacitadas en fase terminal, no en su interés, sino para evitarles gastos e inconvenientes a sus familiares...

Que un derecho fundamental de una persona humana puede ser desconocido si exige molestias o sacrificios a otras personas. Si los derechos fundamentales son “inviolables”, como señalan los instrumentos internacionales, y “universales”, no reconocen excepciones, deben ser respetados siempre. Más aún en el caso concreto, cuando se trata de sus mismos progenitores y familiares. No nos parece algo arbitrario exigir a los mismos familiares de una persona, y particularmente a su misma madre, que respeten la vida del bebé a pesar de los inconvenientes que esto pueda traerles.

Vemos, sí, alguna diferencia en la causalidad entre el supuesto del aborto y la inducción del parto posterior a la viabilidad, que quizás nos llevaría a legitimar este último supuesto en algún caso; pero nos parece que aunque se considere que en la inducción del parto no se provoca la muerte del embrión sino que la misma es consecuencia no querida debido a la anencefalia, para que tal cosa sea legítima (cosa que nos parece dudoso), el peligro que corre la madre como consecuencia del embarazo debería ser de tal entidad como para que sea proporcionado al perjuicio que sufre el bebé, cual es, además de privarlo de un período de vida intrauterina, el someterlo a los riesgos que todo nacimiento prematuro de suyo tienen. Creemos que esta condición no se reúne en la mayoría de los casos sujetos a análisis. Y que por ello se impone el respeto de la vida humana sea joven o adulta, breve o larga, sana o enferma.

No podemos negar al anencefálico la personalidad que reconocemos a un comatoso en estado vegetativo persistente o transitorio. La persona es pantónoma, en parte misteriosa. Con más razón aún, se nos impone el cuidado y el respeto.