



ESTUDIO MAZZINGHI  
ABOGADOS

Publicación: Autorización para abortar denegada

Autor: Gabriel M. Mazzinghi

## **I. EL CASO**

El caso que comentamos se plantea a partir de hechos verdaderamente dramáticos.-

Estos son, a la vez de una extrema sencillez: Un matrimonio que espera una criatura se entera de que ella sufre de un mal irreversible: anencefalia, o ausencia de cerebro; por tal razón, y estando la madre en el tercer mes de embarazo, solicita autorización judicial para llevar a cabo el aborto del por nacer.-

Tal pedido es denegado en ambas instancias, por sólidos fundamentos éticos y jurídicos que, nos adelantamos a decirlo, compartimos plenamente.-

Es que la vida humana -toda vida humana- es un bien que por su naturaleza, y por ser el fundamento de todos los restantes bienes y derechos, no resulta disponible ni por las personas que son titulares de dicho bien ni por los Tribunales.-<sup>(1)</sup>

Hubiera sido una aberración que el Tribunal, acogiera el pedido de los padres, y ordenara dar muerte a la persona por nacer.-

Un primer sentimiento de compasión que suscita el justificado dolor de esos padres frente a la dura realidad de la enfermedad del hijo, no puede hacernos perder de vista la clara improcedencia del planteo formulado por aquéllos.-

No nos cabe duda, pues, acerca de que el tribunal hizo bien en desestimar el pedido a fin de que se ordenara a los Médicos del Hospital Municipal B. Rivadavia practicar el

---

<sup>1</sup>. "El hombre tiene derecho, desde el primer instante de su concepción y hasta el de su muerte natural, a la existencia como organismo físico, a la vida corporal. Y lo tiene en forma absoluta e irrenunciable, de modo tal que nadie puede arrebatarárselo, ni él mismo consentir en su privación..." dice Bidart Campos, en "Derecho Constitucional", Tº II, pag. 193, Ediar, 1966. Y cita a Ortega y Gasset: "La vida humana es la suprema y radical realidad, porque en ella radican todas las demás, y porque todo lo que acaece nos acaece porque primero vivimos..."

aborto.-

## **II. EL VALOR DE TODA VIDA HUMANA**

Desde una perspectiva natural -y sobrenatural-, la vida humana tiene un valor sagrado.

Está claro que a nuestros ojos, las enfermedades que afectan y disminuyen la vida consciente de los seres humanos -hasta llegar probablemente a anularla, en ciertos casos-, nos ponen frente a un verdadero enigma:

¿ Qué valor tienen esas vidas, en el caso comentado, la del pequeño feto descerebrado ?

¿ Debe respetarse esa vida humana, que habrá de ser fuente de dolores y sacrificios para los padres ?

Nuestra respuesta no puede ser sino afirmativa.-

La primera afirmación que cabe hacer, al respecto, es que la vida humana disminuida, limitada, cercenada en sus posibilidades de desarrollo, es vida específicamente humana.-

No hay vida "cuasi-humana", "pseudo-humana", o "semi-humana" cualesquiera sean las limitaciones a que se vea circunscripta.-

Los seres humanos son siempre personas, y están por ello dotados de una dignidad, de un valor que el derecho debe reconocer en todos los casos.-

Aun haciendo de cuenta que médicamente pueda establecerse, sin ninguna duda, la anencefalia irreversible de una persona nacida o por nacer, seguimos estando en presencia de una vida humana que no puede ser eliminada. (2)

La vida humana merece absoluto respeto, cualesquiera sean las características o deficiencias que presente la persona: El niño deforme, el afectado por el síndrome de Down, el autista, el descerebrado como consecuencia de una meningitis, el enfermo mental, el recién nacido, el por nacer, el ser que, en estado embrionario ha quedado, por aberrante

---

<sup>2</sup>. Existe el sentimiento de que el dar muerte a una persona por nacer, que presenta las características del caso que comentamos, resultaría "menos grave" que el dar muerte a una persona de tales características, luego de nacida.- Esto parece ser una suerte de aplicación del dicho popular "ojos que no ven, corazón que no siente"... Pero este sentimiento es inaceptable desde el punto de vista jurídico, ya que tan vida humana es la vida de la persona por nacer, como la de la persona nacida.- En un fallo publicado en L.L. 1988-E-375, y comentado por Roberto Vázquez Ferreira se dice que la autorización para practicar el aborto terapéutico o sentimental, resultaría inconstitucional, por violar el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) al proteger la vida de las personas nacidas, y desproteger la de las no-nacidas.- Compartimos este argumento.-

decisión de un médico, "congelado" a la espera de una implantación, o el enfermo terminal tienen todos la misma sagrada dignidad de personas.-

Y no pueden los padres, ni los médicos, ni los jueces, disponer acerca del derecho a la vida que a todos les debe ser reconocido.-

Comprendemos lo difícil que suele resultar para los padres, aceptar el advenimiento de una vida con las características del "por nacer" en el caso que comentamos.-

Pero esta dificultad, 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.-

Nos parece que si los padres no quieren o no pueden -por no estar realmente en condiciones- hacerse cargo de esa vida, tendrán la posibilidad de dejar al recién nacido al cuidado de otras personas o instituciones. Pero en ningún caso estarán habilitados para darle muerte.-

### **III. ENCUADRE LEGAL DEL TEMA**

Nuestro sistema legal no deja dudas acerca de la fuerte protección que se da a la vida humana, desde el momento mismo de la concepción.-

a. La Constitución Nacional, en su Art. 75, inc. 23 se refiere a la protección del niño "... desde el embarazo...", afirmando así el respeto a la vida intrauterina.- Aún antes de la vigencia de la actual Constitución Nacional, la anterior comprendía, dentro de los "derechos implícitos" amparados por el art. 33, al derecho a la vida. Esa era la opinión unánime de los autores. <sup>(3)</sup>

b. Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica, (ley 23.054), que tiene en nuestro ordenamiento jurídico, por imperio de la propia Constitución, el mismo rango que la norma constitucional, afirma que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

---

<sup>3</sup>. Ver sobre el punto Bidart Campos, Germán, "Manual de Derecho Constitucional Argentino", pag. 274, Edit. Aguiar, 1972.



c. Por su parte, el art. 6 de la Convención de los Derechos del Niño establece que "...todo niño tiene derecho intrínseco a la vida..." y que los Estados "...garantizarán, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño..."

Al ratificar nuestro país, por Ley 23.849, dicha Convención (adoptada por las naciones Unidas el 20.11.1989) formuló la siguiente reserva o aclaración: "...La República Argentina declara que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción..."

d. En cuanto a las normas de nuestro derecho de fondo, el Código Civil, en su art. 70 establece que la existencia de las personas comienza "...desde la concepción en el seno materno...". Vélez Sarfield, en su nota al art. 63 del Código, dice con toda claridad: "Las personas por nacer, no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre" Y cita el Código de Austria, que dice: "Los hijos que aun no han nacido tienen derecho a la protección de las leyes desde el momento de concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trata de sus derechos, y no de un tercero".-

Reafirmando este criterio, el art. 264 del Código Civil, recientemente incorporado por la ley 23.264 se refiere a la patria potestad como la institución que se ordena a la protección de la persona y bienes de los hijos "...desde la concepción de estos..."

Coinciden con esta formulación, los principios contenidos en varias constituciones provinciales.-

La de Buenos Aires, por ejemplo, establece que todas las personas gozan del derecho a la vida "...desde la concepción hasta la muerte natural..." (art. 12)

e. Y el Código Penal, por su lado, también defiende con energía el derecho a la vida desde el momento de la concepción, en sus arts. 85 a 88, que incriminan las conductas que atentan contra ella.-

Está clara, pues, la defensa que nuestro ordenamiento jurídico brinda a la vida humana desde el momento mismo de la concepción, como necesario soporte, por lo demás, de todos los demás derechos que se reconocen a la persona. (a la identidad, al honor, a la intimidad,

etc. etc.)<sup>(4)</sup>

#### **IV. ALCANCE DE LA DESINCRIMINACION DE ALGUNAS FORMAS DE ABORTO**

No obstante lo dicho hasta aquí, existe en nuestro ordenamiento jurídico penal una desincriminación de ciertas formas de aborto, cuando este fuera cometido en determinadas circunstancias, verdaderamente excepcionales.-

Aún cuando los peticionantes del caso que comentamos, no citaron ninguna norma - civil o penal- en apoyo de su solicitud, estimamos que ellos, (o el abogado que los patrocinó), debe haber tenido presente la existencia de lo establecido por el art. 86 del Código Penal.<sup>(5)</sup>

Tal como lo expresa la sentencia que comentamos, debe tenerse presente que el Código Penal no considera punibles los abortos que se hubieran practicado en las siguientes circunstancias:

- "...con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y ese peligro no pudiera ser evitado por otros medios..."

- "...si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente..."

Está claro que esta última previsión legal no se configura ni remotamente en el caso de autos, dado que el embarazo fue fruto de una unión matrimonial.-

En cuanto a la primera, la actora señaló en su escrito inicial la angustia suscitada por la situación descrita, señalando que podría llevarla a estados depresivos, y sin ofrecer prueba

---

<sup>4</sup>. Como bien dice Vázquez Ferreira: "...El derecho a la vida funciona como "conditio sine qua non" de todos los demás derechos que se reconocen a la persona humana; y sin su reconocimiento pleno pierden sentido desde el derecho a la propiedad hasta la libertad de expresión..." en "La Defensa de la Constitución y el Derecho a la Vida", en L.L. 1988-E-375

<sup>5</sup>. Es verdaderamente sobrecogedora la liviandad e inconsistencia del escrito en el que, con firma de letrado, se pide nada menos que una autorización judicial para matar a un ser humano.- Tenemos a la vista la copia de tal escrito, (que no alcanza a tener dos carillas), y en la que no se cita ninguna norma ni principio jurídico. El escrito de "agravios" no es mucho más fundado; por eso le asiste razón al Tribunal, al señalar que tal escrito no rebate ni siquiera mínimamente los fundamentos del Juez de Primera Instancia. Coincidimos con la Cámara, desde el punto de vista procesal, y coincidimos también, -dada la trascendencia del tema-, con que el Tribunal se haya abocado a resolver el fondo del tema planteado, más allá de la lamentable forma en que fue hecha la petición.

de ningún tipo sobre estos hechos.- <sup>(6)</sup>

Parece claro que estas manifestaciones de la peticionante, aun de resultar probadas, difícilmente podrían ser admitidas por un Juez Penal como causales de justificación de un aborto cometido, ya que el artículo citado se refiere a que el peligro para la salud de la madre "no pudiera ser evitado por otros medios...".

Y el estado de angustia provocado por la dolorosa situación descripta, bien podría paliarse o superarse mediante una adecuada asistencia psicológica o psicoterapéutica, tal como lo señala el Tribunal.- <sup>(7)</sup>

Pero en todo caso, y más allá de lo dicho, lo que resulta importante es destacar que la desincriminación establecida por la ley penal, funciona "ex post facto", es decir, con posterioridad a la conducta abortiva de la madre.-

Repárese que el Código Penal establece que "no es punible el aborto practicado...", siendo el tiempo de verbo de importancia fundamental para la solución del caso.-

Acertadamente lo señala la sentencia que comentamos: "...la ley penal funciona siempre después de cometido el hecho por ella incriminado...de allí que de ninguna manera podría un Juez autorizar en forma previa la realización del aborto..."

Se entiende: una cosa es que el Código frente a un aborto ya practicado en las circunstancias excepcionales que hemos considerado, desincrimine a la madre, y otra distinta, es que un Juez de la Nación autorice u ordene la muerte de un ser humano inocente.-

Adviértase que en el supuesto del Código no se alude para nada a deficiencias, malformaciones o incapacidades de la persona por nacer; estas, cuando aparecen con la gravedad con que se presentan en el caso que comentamos, le ponen una nota de

---

<sup>6</sup>. Un caso similar al de autos, fue bien resuelto por el Juez de Primera Instancia, Dr. Lucas Aón, por sentencia del 26 de abril de 1988. (Doctrina Judicial, 1989-II-397 y sgts.) Y otro, fue también acertadamente resuelto por el Juez del Tribunal de Instrucción de 7 ma. Nominación de Rosario, del Dr. Osvaldo J. Santiago, publicado en L.L. 1988-E-375, con nota ya citada del Dr. Vázquez Ferreira

<sup>7</sup>. Sobre este tema, relativo al daño psicológico producido por el advenimiento de una vida que no se desea, mucho podría decirse. La cuestión, propia de la psicología, es ajena a nuestra disciplina jurídica. Pero cuadra apuntar que, de acuerdo a una larga experiencia, y a la opinión de calificados expertos en el tema, son por cierto gravísimas las secuelas de tipo psicológico que arrastran las personas que han resuelto practicarse un aborto.

dramatismo a la situación, pero desde el punto de vista jurídico no alteran el planteo, ni justifican que se pueda disponer judicialmente la muerte de una persona por nacer.-

En otro lugar, y a propósito del tema del aborto llevado a cabo por la mujer violada (<sup>8</sup>), propusimos una reforma legislativa, en el sentido de no desincriminar ninguna forma de aborto, único sistema que consideramos coherente con la defensa absoluta de la vida humana, sobre la que se asienta todo nuestro ordenamiento jurídico. (<sup>9</sup>)

## **V. CONCLUSIÓN**

El fallo que comentamos resuelve de manera impecable una cuestión difícil, no tanto por su trama jurídica, sino por la situación dramática en la que se encuentran quienes la plantean.-

El Tribunal, siguiendo en ello el certero criterio del Señor Fiscal de la Excma. Cámara, Dr. Carlos Raúl Sanz, no se ha dejado de llevar de una visión equivocadamente "sentimental" del problema, sino que ha aplicado con todo acierto los principios jurídicos que regulan la cuestión, y ha puesto por encima de todo, el valor y el respeto que toda vida humana merecen.-

Ojalá que los padres, solicitantes de la desatinada autorización que nos ocupa, hayan podido superar con entereza la dura prueba que la vida les ha puesto por delante; y que esa vida aparentemente disminuida y gravemente enferma, haya podido ser, como ocurre con alguna frecuencia, fuente de un gran enriquecimiento personal.-

---

<sup>8</sup>. Ver, del autor "Defender toda vida humana", en E.D. .... Allí dijimos, como conclusión: "...Frente a las voces que proclaman, y a los proyectos de ley que proponen una mayor amplitud en la legislación sobre el aborto, propiciamos la idea contraria: Esto es, la defensa de toda vida humana, y la incriminación -con penas que el legislador sabrá proporcionar- de todo tipo de aborto"

<sup>9</sup>. Comparten esta opinión, Zavala de González, Matilde en "Aborto, Persona por nacer, y Derecho a la Vida", L.L. 1983-D-1126; y Bidart Campos en "Defensa de la Constitución y del derecho a la vida", en L.L. 1978-E-375; y en "El Aborto y el Derecho a la Vida", en E.D. 113-479. Allí dice: "...incurre en inconstitucionalidad cuando, incriminando el aborto, dispone que no es punible en determinados casos..."