

PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fallo: Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo - N° de Expediente 715/PJCABA/TSJ/00. Buenos Aires, 26/12/2000. Link:

<<http://www.adaciudad.org.ar/sitio/pdfs/fallos/TSJ/2.pdf>>

VOTO: DRA. ALICIA E. C. RUIZ (sin el considerando n° 2 y n°7)

La Jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. INTRODUCCION

El recurso es procedente porque satisface los requisitos formales de admisibilidad y plantea un caso constitucional en el que está en juego la directa interpretación de normas de la CN y de la CCBA. Mi voto es favorable a la recurrente. Anticipo que la conducta del hospital público es ilegítima y discriminatoria, que viola derechos fundamentales de la actora (el derecho a la salud y a la protección integral de la familia), que la tutela de los derechos constitucionales mencionados no menoscaba o desconoce otros derechos ni garantías, que la disposición médica a efectuar un parto prematuro o la autorización judicial para que se lo lleve a cabo no colisiona con prohibición alguna del ordenamiento positivo y que, por fin, el caso impone una resolución inmediata por el agravamiento continuado del daño que padece la recurrente. S. T. interpone amparo por violación a sus derechos a la salud, a la integridad física, y grave perjuicio al derecho a la vida frente a la negativa del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá a acceder a su requerimiento de que se le induzca el parto o se le practique cesárea que formulara, luego de saber a las diecisiete semanas de embarazo que el feto es anencefálico.

2. LAS NORMAS (...)

3. RETRATO DE S. T.

“En la realidad arraigan los principios. Las más sublimes abstracciones legales, no importa cuán desprovistas aparezcan de especificidad social, nacen de la vida social (...) Detrás de todo derecho está la historia de alguien, alguien cuya sangre, si uno lee con atención, escurre entre líneas. (Mac Kinnon, Catherine A., “Crímenes de guerra, crímenes de paz”, en De los derechos humanos, Stephen Shute y Susan Hurley Editores, Madrid, Trotta, 1998). El derecho a la salud y a su preservación se vinculan estrechamente con el derecho a la dignidad, porque cualquier menoscabo a aquel derecho incide negativamente en un sujeto y en el núcleo más próximo de sus afectos y lazos sociales. De ahí que para preservar el derecho a la salud de S. T. es necesario tener en cuenta que se trata de una mujer embarazada de 35 años, casada desde 1987, con una hija de 12 años, que sabe que el feto que lleva en su vientre no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana. Y que ha recibido información verbal y escrita, en lo relativo al proceso de gestación, las patologías y la viabilidad nula del feto fuera del ámbito intrauterino, el carácter del diagnóstico, y los riesgos y pronósticos del parto. Dice en el apartado II de la acción de amparo “el mundo pareció derrumbarse en apenas cinco minutos, todos nuestros sueños e ilusiones se desvanecieron para darle lugar al más profundo dolor que jamás hubiésemos sentido. A partir de ese instante nos encontramos siendo los protagonistas de una terrible tragedia, sin saber qué hacer con tanto sufrimiento ni cómo enfrentar a S. con esta angustiante verdad”. Enterada del dictamen solicitó un parto inducido o lo que el médico estimara más adecuado para dar fin a ese embarazo “que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte”. En la audiencia convocada por la Sala I de la Cámara explica que toda la familia está sufriendo “que no ha podido hablarlo con sus familiares, no puede salir de su casa porque todos le traen regalos para el bebé, le acarician la panza y se vuelve una situación difícil. Siente todo el tiempo al bebé y sabe que se va a morir. Hace diez años que estaba ilusionada con otro hijo, su hija se lo pide y por razones de bajo peso no pudo quedar embarazada. Ahora quedó embarazada y no sabe cómo seguir. No son tres meses sino todos los días. Tanto a ella como a su familia le pasan muchas cosas. No puede olvidarse de esto, está en su cuerpo, se mueve, no sabe por qué se mueve, lo siente todo el tiempo y para ella es muy doloroso lo que está pasando”. En su presentación ante el Hospital Municipal del 2-11-2000 alude al profundo sufrimiento de ella, de su esposo y de su hija; afirma que acceder a su solicitud no afecta la salud pública ni al orden establecido ni a tercero alguno “sino que resulta beneficioso para mi salud y la de mi grupo familiar, permitiéndonos planificar un futuro con la hija de doce años y con los hijos por venir”. S. T. es un ser humano independiente, con una familia, una biografía y un horizonte de proyectos, anhelos y deseos, que describe el proceso de mortificación y angustia en que está sumida como “el más profundo dolor que haya sentido”. La intensidad y magnitud del dolor de esa mujer, un dolor que existe y puede ser apreciado, reconocido y tenido en cuenta al momento de resolver este amparo es un hecho evidente que trasciende cualquier clasificación jurídica. Más aún cuando, desde que se interpusiera la acción judicial, el proceso de gestación continúa y supera ya las 28 semanas, circunstancia por demás relevante para valorar y justificar la pretensión de la amparista (conf. art. 145, último párrafo, CCAyT), quien lo único que procura es un parto prematuro. Está probado además, como se verá en el próximo

apartado, que el feto tiene irreversiblemente un destino de muerte, una vez que, del modo que sea salga del útero materno.

4. EL FETO ANENCEFÁLICO

De acuerdo a los estudios ecográficos realizados el 17 y el 23 de octubre (cuyas constancias obran a fs.7 y 11), el feto -de entre 19 y 21 semanas de gestación- no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia). La inviabilidad del feto que la Sra. T. lleva en su vientre es irreversible y definitiva. El Comité de Bioética del Hospital Materno Infantil Sardá informa el 27/11/00 que "el feto que se encuentre comprometido con anencefalia, tiene viabilidad nula en la vida extrauterina" (fs.58). El Dr. Ricardo Horacio Illia (subdirector del Hospital Sardá y médico obstetra con especialidad en embarazos de alto riesgo) explicó el 27-11-00 ante la Sala I de la Cámara "que la viabilidad nula que menciona el informe de la comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas, menos de 12 horas" (fs.59 vta.). Agregó que "no existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida en cuanto a inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses", que el "feto se mantiene a un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encéfalo (...) al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas características recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de vida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría. (...) Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. (...) La interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de 26 semanas. (...) Se trataría de un parto inmaduro, y a partir de la semana 28 sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado." Y concluye (fs.61 vta) calificando "a este embarazo como un accidente en lo relativo a la malformación padecida". En la misma audiencia la Dra. Prigoshin, letrada de la actora, manifestó que cuando la Sra. T. concurrió al Hospital al principio del embarazo, se le indicó que concurriera al tercer mes, y que al efectuarse la ecografía se detectó el mal que motiva estas actuaciones. Agregó la letrada que, en "este tipo de embarazos, la malformación puede evitarse mediante la administración de ácido fólico, en distintas dosis, según el riesgo que cada caso presente", y el Dr. Illia confirmó esta afirmación (fs.59). En el caso, vistos los antecedentes reseñados que resultan de las constancias obrantes en el expediente, no hay oposición entre los derechos de la madre y el derecho a la vida del "nasciturus", toda vez que las opiniones médicas transcritas más arriba dejan en claro que la anticipación del parto, sea por inducción o por cesárea, no limitaría -bajo ningún supuesto- las posibilidades de sobrevivencia del feto. De modo que es preciso distinguir entre una acción destinada a provocar la muerte del feto de aquella que está dirigida a anticipar el alumbramiento.

5. ¿CUÁL ES EL CONFLICTO?

Establecido, entonces, que el feto es inviable, que la madre no persigue su muerte a través del anticipo del parto y que el nacimiento a esta altura de la gestación no incidirá en su supervivencia, no hay conflicto de derechos ni de intereses entre la madre y el feto. Así también se resolvió en los autos "A. K., s/ acción de amparo" (Juzg. Crim. y Corr. N° 3 de Mar del Plata -Rev. J.A. N° 6113 28-10-98): "(...) resulta relevante destacar (...) que a la fecha no existe un verdadero conflicto entre el derecho a la vida del nasciturus y la protección de la vida y de la madre gestante. Todo ello en razón de que la inducción del parto o eventual cesárea autorizada en la presente sentencia - conforme al fundado criterio médico- no afectaría la vida del nasciturus en el supuesto e hipotético caso -ciertamente improbable conforme a las constancias de la causa- que el mismo fuera viable. Consecuentemente tampoco habrá en definitiva conflicto actual entre los principios bioético, de autonomía, beneficencia y justicia (...) Se legitima, inclusive desde el punto de vista ético la pronta intervención médica tendiente a la inducción del parto, o a la eventual cesárea". Desde mi perspectiva, el tema del aborto queda excluido. Me remito en este punto a la ponderada opinión del Dr. Maier, a la que adhiero y hago mía. Tampoco es pertinente entrar en la cuestión -controvertida en el campo de la ética, de la moral, de la religión y del derecho- acerca de si un feto anencefálico es o no es persona. La solución que propicio es sustentable cualquiera sea la respuesta que se dé a ese interrogante. La única discrepancia se presenta entre la Sra. T. y una autoridad administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá. A la actora se le exige una orden judicial para acceder a su solicitud de inducir el parto. Se trata de un acto administrativo de alcance particular que, por vulnerar directamente los derechos a la salud, de raigambre constitucional, es susceptible de ser atacado por la vía del proceso de amparo previsto en el art. 14 de la CCBA. En las diversas instancias, el Asesor Tutelar niega la legitimidad de la petición de T. en nombre del derecho a la vida del feto anencefálico, por quien se presentó en autos. En síntesis, argumenta que hacer lugar a la solicitud de la actora implicaría una violación de los derechos (derecho a la vida) del no nacido, los cuales deberían prevalecer sobre los de la mujer en función del "interés superior del niño". Se remite a las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la ley 23.849 por la que que aquella fuera aprobada e incorporada al art. 75, inc. 22 CN. El "interés superior del niño" es una pauta hermenéutica que permite hacer operativas las disposiciones de la Convención. Esto es resolver, por ejemplo, si una conducta determinada (como la que pretende S. T. que le sea autorizada) colisiona o no con uno o más derechos de los que es. o podría ser titular un niño determinado. El derecho positivo no sostiene la tesis acerca de la prevalencia automática del derecho a la vida de la

persona por nacer frente a los derechos de su madre dado que la solución no es tan simple para todo caso posible, ni la aplicación de las normas jurídicas tan mecánica como parece decir el Sr. Asesor Tutelar (conforme con su presentación a fs.148/155 y fs.172/174). En un mundo que se transforma aceleradamente, el impresionante desarrollo de la biología y de la ciencia médica nos enfrenta a tomar decisiones (como padres, como médicos y como jueces) inimaginadas en otros tiempos. Muchas concepciones sobre los seres humanos, la vida y la muerte, muchos valores, y muchas creencias están en cuestión. Nuevas disciplinas, como la bioética, abren un espacio de convergencia y de debate entre distintas visiones sociales, jurídicas, psicológicas, religiosas, y éticas. y las soluciones que desde cada una de ellas pueden sugerirse. Por fin, y aunque la situación de la hija de doce años de la actora no haya provocado actuación alguna del Asesor Tutelar, debo señalar que ella también requiere de protección jurisdiccional, con apoyo en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No es difícil advertir que su futuro está ya severamente afectado y que podría estarlo mucho más si se prolongara el embarazo de su madre. Aquí “el interés superior del niño” es una guía que los jueces no podemos dejar de lado y que ressignifica y amplía la necesidad de garantizar la protección integral de la familia (art. 14 bis CN, y art. 37, CCBA) y la del derecho a la salud (art. 20, CCBA).

6. LA DIMENSIÓN DEL DAÑO PARA UNA MUJER

Las consideraciones precedentes dejan en claro que la sentencia que se dicta no decide sobre la vida del feto sino sobre la salud de la madre. Voy a recordar que, para reconocer el daño ya producido en la integridad psicofísica de S. T. y el peligro permanente de su agravamiento, hay que asumir que la experiencia traumática que vive sólo puede ser vivida por una mujer. Ser mujer es la condición sin la cual lo que le sucede no le sucedería: ser la portadora de una gestación condenada al fracaso. Se trata, entonces, de transferir la discusión del feto anencefálico a la mujer embarazada, al riesgo de su vida, de su salud, a cómo está hoy y a cómo estará, y reflexionar acerca de si podrá o no podrá, en el futuro, cumplir con los deberes y asumir las responsabilidades que tiene para sí misma, para con su familia y muy especialmente para con su hija. El Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida, de Portugal, ha dicho que (en casos como el de autos) “(...) todavía más difícil será para la madre mantener hasta el fin un embarazo sin esperanza, pasar por el traumatismo del trabajo de parto, postergar el luto, sufrir el impacto eventual de ver un hijo aparentemente perfecto pero incapaz de sobrevivir por faltarle el funcionamiento de un órgano vital. En estas circunstancias, no es éticamente correcto defender una vida sin proyecto, y que seguramente se va a extinguir, a costa de un sufrimiento materno acentuado y que podrá dejar secuelas permanentes” (“Relatório e Parecer” elaborado por José Magalhães para la Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Fevereiro de 1997, I.2.3.A). La figura de la mujer embarazada debe ser puesta en primer plano, y no a la sombra de un feto desprovisto de cerebro e incapaz de subsistir por sí sólo. Ante esa escena es pertinente la pregunta acerca de si el orden jurídico obliga a una mujer al sacrificio de llevar a término esa gestación, una gestación “que (la) condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte” (son las propias palabras de la actora), que la convierte en un “fétetro ambulante” (Suplicy, Marta, Projeto de lei nº 1956/96. Autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos na presente lei. Diário da Câmara dos Deputados 1996, junho 6:17850, Brasil). S. T. demanda el reconocimiento de derechos que el orden jurídico consagra y que cada uno de nosotros (mujeres y hombres) deseáramos que nos fueran reconocidos en tanto sujetos morales y ciudadanos. Claro que, esta mujer grávida necesita para la efectivización de los derechos que invoca, que la consideremos en su singularidad de mujer y de embarazada de un feto inviable, que la tengamos en cuenta “(...) como un individuo con una historia, una identidad y una constitución afectivo-emocional concretas (...)”, haciendo abstracción, de lo que constituye lo común para poner el acento “(...) en las necesidades del otro, sus motivaciones, (en) qué busca y (en) cuáles son sus deseos” (Seyla Benhabib, “El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg/Gilligan y la teoría feminista”, en Teoría feminista y teoría crítica, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1990). Estas son las razones que me llevan a discrepar con los argumentos expuestos por el Gobierno de la Ciudad y por el Sr Asesor Tutelar (fs.148/52 y fs.172/74). S. T. no pide autorización para la realización de una acción prohibida, ni priva al feto que lleva en su vientre de ningún derecho actual o futuro. Pide, en cambio, ser reconocida como un sujeto autónomo y conciente que padece la privación de derechos de los que goza, como persona plenamente capaz que es. El daño que afecta a la amparista está bien caracterizado en el informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales de Portugal citado más arriba, cuando dice “...un sufrimiento materno acentuado y que podrá dejar secuelas permanentes”. La actora atraviesa una situación traumática, provocada por una violencia externa, cuya aparición súbita y repentina altera el normal estado de las cosas, una herida psíquica que rompe el equilibrio que mantenía para adaptarse a sus necesidades internas y externas. Las secuelas lesivas se manifiestan en cambios emocionales, cognitivos, conductuales, sociales y aún en la predisposición a presentar patologías orgánicas, por lo que el daño es dinámico y tiene efectos inmediatos y mediatos o secundarios. Aunque, para cada persona, la magnitud del daño dependerá de la significación que el trauma tenga para ella, en todas aparece la angustia y la imposibilidad de elaborar el duelo. “El duelo pesaroso contiene (...) la pérdida del interés por el mundo exterior en todo lo que no recuerde al muerto, la pérdida de la capacidad de escoger algún nuevo objeto de amor en reemplazo se diría del llorado, el extrañamiento respecto de cualquier trabajo productivo (...). Esta inhibición y este angostamiento del yo expresan un entrega incondicional al duelo que nada deja para otros propósitos y otros intereses. En verdad si esta

conducta no nos parece patológica, ello sólo se debe a que no sabemos explicarla muy bien (...) En el duelo el mundo se ha hecho pobre y vacío” (Freud, Sigmund, “Duelo y Melancolía” en Obras Completas Tomo XIV, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1979). Las piezas del expediente -evaluadas a la luz de las máximas de la experiencia-, constituyen un indicio vehemente del peligro o daño en curso que sufre S. T.. Hay elementos (fs.12/14, 58, 59/61 y 81) suficientes para sostener que su salud está amenazada en forma actual y grave, que el daño psíquico que refiere es, no sólo posible, sino suficientemente probable y que el transcurso del tiempo intensifica el perjuicio. Quiero subrayar que entre la prueba producida y no objetada figura el dictamen de la Psicóloga Alicia Costa (fs.12/14), quien asistió a la audiencia convocada por la Cómara (fs.59/61), y que, en la misma audiencia, el Dr. Illia sostuvo que “... en orden al daño psicológico concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura”. Los hechos no discutidos en autos (embarazo, feto anencefálico con irreversibilidad de las embriopatías e imposibilidad de vida extrauterina, etc.) permiten inferir la entidad de la afectación a la salud de la actora. Sostener la ausencia de peligro en la salud de S. T. o que no existe ya un proceso de daño psíquico sería tanto como decir que las circunstancias por las que atraviesa son las normales en un embarazo. Nadie ubicado en el lugar de la actora estaría exento de sufrimientos y dolor profundos. La actora vive una tragedia, y la tragedia tiene la particularidad de representarnos a todos.

7. AMPARO (...)

8. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La situación en la que se encuentra colocada la accionante es ajena a cualquier conducta que pueda serle atribuida. Una desgraciada consecuencia de su deseo largamente postergado de tener otro hijo que únicamente puede resolverse a través de una sentencia judicial. Un juez o un Tribunal tienen que decir si los derechos que alguien denuncia como afectados lo están, y a partir de allí evaluar cómo han de ser protegidos, en el marco que el derecho positivo impone. Por las razones que he referido extensamente más arriba, la decisión exige un análisis cuidadoso, sereno, meditado y, paradójicamente, sin dilaciones. De lo contrario, se omitiría el deber de resolver, en tanto una decisión tardía, apenas es en su apariencia, una sentencia. En ocasiones como ésta, sin embargo la posibilidad de autorizar se encuentra transferida. La actora dice expresamente en su demanda que el ejercicio de los derechos que invoca no requiere de una autorización judicial, pero acude a ella ante la negativa de los médicos interrumpir su embarazo. Entonces pide a los jueces que ordenen lo que, en estricto sentido, no requiere orden alguna. Alguien que tiene, desde hace más de dos meses, conciencia de la frustración irreparable de su deseo de ser madre, conciencia de que la ciencia médica nada puede ante la inviabilidad de un feto anencefálico, conciencia del drama familiar en que ella, su marido y su hija, se encuentran sumidos, conciencia de que sus derechos están preteridos, y que pide no prolongar el tormento que sufre. Y es al tribunal al que le compete hacer cesar su incertidumbre y garantizar sus derechos constitucionales a la salud y a la protección integral de su familia, Por lo expuesto voto por hacer lugar al amparo interpuesto.