

### **Autoridades de la Universidad**

*Dr. Fernando Fragueiro*  
Rector

*Dr. Ricardo Fernando Crespo*  
Vicerrector de Investigación

*Dr. Juan Cianciardo*  
Vicerrector de Asuntos Académicos

*Esp. María Inés Montserrat*  
Directora de Estudios

*Dr. Juan Pablo Magdaleno*  
*Secretario General*

### **Autoridades de la Facultad de Derecho**

Mag. Jorge Albertsen  
Decano

Dr. Carlos González Guerra  
Vicedecano

*Dr. Rodolfo L. Vigo*  
*Dr. Pedro Rivas Palá*  
Consejeros

### **Autoridades del Departamento de Derecho Judicial**

Dr. Rodolfo Vigo  
Director del Departamento de Derecho Judicial

*Mag. María Gattinoni de Mujía*  
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

*Mag. María Rosa Dabadie*  
Coordinadora del Departamento de Derecho Judicial

### **Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial**

María Gattinoni de Mujía  
Domingo Sesín  
Enrique V. del Carril  
Rafael Nieto Navia  
Néstor Sagüés  
Rodolfo L. Vigo

Quinn, Nicolás  
La Constitución Nacional: escudo y esperanza de la  
persona humana / Nicolás Quinn. - 1ª ed. - Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.  
128 pp.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-2946-6

I. Derecho. I. Título.  
CDD 341

© Nicolás Quinn, 2015  
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2015  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 300 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-2946-6

MAESTRIA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

**Nicolás Quinn**

Dirección: Mag. Santiago Finn

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:  
ESCUDO Y ESPERANZA DE LA PERSONA HUMANA

**Desarrollo, análisis y proyección de la “Visión argentina”  
de los derechos humanos y protección de la persona humana  
desde la concepción, a partir de la crítica del fallo “F. A. L.” de la CSJN**

Agosto de 2014



## **AUTOBIOGRAFÍA PROFESIONAL**

Nicolás Quinn nació en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 9 de septiembre de 1970. Obtuvo el grado de abogado en la Universidad Católica Argentina, es Especialista en Derecho Penal por la Universidad Austral y Magíster en Derecho y Magistratura Judicial, también por la Universidad Austral. Es funcionario de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Capital desde el año 1990 hasta la fecha, habiendo desempeñado tareas en el Ministerio Público Fiscal entre los años 2004 y 2006 en causas de lesa humanidad. Es investigador docente del Observatorio Metropolitano dependiente del Instituto Superior de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y realiza investigaciones para la ONG “Unidos por la Justicia”. Se han publicado trabajos suyos propios y en colaboración. Actualmente es profesor de Derecho Penal —Parte especial— en la Cátedra del Dr. Carlos Mahiques en la Universidad Católica Argentina y forma parte del Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral. Vive en Tigre, provincia de Buenos Aires, junto con su esposa Clarisa Marcia Torre y su hija María Lara.



**ALGUNAS EXPLICACIONES METODOLÓGICAS  
SOBRE LAS TESIS DE DERECHO APLICADO  
DE LA MAESTRÍA EN MAGISTRATURA  
Y DERECHO JUDICIAL  
DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL**

Todas las Maestrías de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral tienen como objetivo general brindar a los profesionales de distintas áreas jurídicas una sólida formación académica que integre los elementos de carácter filosófico, ético, científico y práctico necesarios para el ejercicio profesional relacionado con el Derecho. En este sentido, se procura que los alumnos obtengan una educación superior en el área elegida, profundizando su formación, de acuerdo con el estado del conocimiento en cada disciplina, con apertura hacia la investigación orientada a la vida profesional.

La formación de los alumnos de Maestría en Magistratura y Derecho Judicial incluye la realización de una obra o tesis de Maestría de carácter individual, bajo la supervisión de un director, que culmina con la evaluación por un jurado. Esta tesis puede ser de dogmática jurídica o bien de derecho aplicado. Corresponde hacer esta aclaración metodológica, ya que cada uno de los Cuadernos que componen la Colección de Cuadernos de Derecho Judicial fueron tesis de dogmática jurídica y ésta es la primera vez que se incorpora a la Colección una de derecho aplicado.

De modo enunciativo, la tesis de derecho aplicado podrá tratar sobre la preparación de una regulación legislativa o administrativa, de la elaboración de los argumentos teóricos y prácticos pertinentes para resolver problemas jurídicos concretos de la realidad profesional de especial complejidad, sea desde el punto de vista del abogado que dictamina o litiga o del juez que sentencia, de la realización de un plan de negocios relacionado con el derecho, de un proyecto de mejoramiento de instituciones o de la confección o el estudio de estructuras o procesos organizacionales vinculados al fenómeno jurídico, etcétera.

En este caso, el graduado Nicolás Quinn realizó una tesis bajo la modalidad de derecho aplicado que consiste en resolver un caso complejo mediante la elaboración de una sentencia fundada, en este caso un voto, demostrando destreza en el manejo conceptual y metodológico, correspondiente al estado actual del conocimiento en la materia.

La realización de la tesis de derecho aplicado se orienta a que los estudiantes logren los siguientes objetivos:

a) Apliquen los conocimientos de la rama del derecho elegida, obtenidos a lo largo del posgrado a una labor concreta, similar a las que realizan en su ejercicio profesional, pero de alta complejidad, consistente en un trabajo específico, problemático, aplicado, innovador, diseñado para poner en operación tanto destrezas y habilidades prácticas como elementos teóricos adquiridos en el posgrado, y que, por lo anterior, los obliga a estimular la creatividad.

b) Adquieran y perfeccionen herramientas y hábitos de trabajo relativos a la elaboración y redacción de escritos jurídicos orientados a la labor profesional que cada uno desarrolla.

c) Sean capaces de formular ideas originales con respecto al problema práctico que se les ha sometido, evitando realizar escritos que sean una mera recolección de normas, sentencias u opiniones.

Por la naturaleza de la tesis de derecho aplicado, descrita en los puntos anteriores, al redactar los casos o elegir las consignas que se entregarán a los alumnos, los profesores pondrán especial cuidado en requerir la realización de un escrito que, a la vez que se asemejen a los que se realizan en la vida profesional, deba ser una elaboración original y novedosa, que no pueda ser completada por el mero recurso a materiales, modelos y escritos utilizados en el ámbito profesional.

El trabajo realizado se ajusta a la finalidad perseguida que busca que los graduados puedan: a) actuar con pensamiento crítico y valorar la reflexión y la investigación jurídica como método de trabajo; b) aprender a percibir y relacionar todos los hechos de los casos y problemas jurídicos, seleccionando la información relevante y distinguiéndola de la que no lo es; c) identificar el derecho aplicable a los hechos que se les someten a consideración e interpretarlo; d) Tomar con facilidad decisiones adecuadas, prudentes y justas frente a las diversas situaciones jurídicas; e) Argumentar a favor de la elección realizada y en contra de las alternativas desechadas y expresar dichos razonamientos oralmente y por escrito; f) Juzgar la adecuación de determinado esquema teórico para la solución de un problema concreto, adquiriendo la capacidad para valorar la aptitud de las teorías existentes en un determinado campo del derecho para explicar el fenómeno en estudio y para lograr soluciones justas y adecuadas a los problemas de la vida jurídica; g) Ser profesionales preparados axiológica y técnicamente para ejercer una función de concertación, justicia y equidad en los conflictos de intereses que el fenómeno jurídico plantea y, en el caso de magistrados y funcionarios del Poder Judicial, para resolver con justicia, equidad y competencia técnica los casos sometidos a su juzgamiento; h) Adquirir una metodología de formación permanente en el campo jurídico, y la conciencia de que es indispensable recurrir siempre a la actualización y el aprendizaje ante la dinámica y



compleja normatividad de la vida social, para servir mejor a la comunidad; i) Capacitarse para prestar un servicio de alta calidad a la comunidad mediante su destreza para plantear debidamente los diversos problemas jurídicos que presenta la vida en común y para encontrar, en las distintas circunstancias, las soluciones justas de los mismos.

MARÍA GATTINONI DE MUJÍA

*Directora Ejecutiva de la Maestría  
en Magistratura y Derecho Judicial*

Facultad de Derecho - Universidad Austral



## PRÓLOGO

La tesis que se presenta, y de la que ahora haremos una breve consideración orientativa de su contenido, por muchas razones y diversas ellas, no puede sino considerarse de una factura altamente valiosa y así es legítimo que se pondere. Ello, porque su estudio científico ha merecido la respectiva aprobación del tribunal evaluador con las altas calidades que son conocidas de sus integrantes y, como tal, nos exime de todo otro comentario; pero también es valiosa la labor de Nicolás Quinn, porque ha utilizado un esquema metodológico sin duda original y por tanto heterodoxo en dicha disciplina científica para un trabajo académico; bien cabe señalar, entonces, que en la misma originalidad del citado modo, se asienta su notable fortaleza.

Este último aspecto debe ser ponderado por dicha originalidad, en cuanto a que el tesista, como un buen argumentante, ha ocupado —fictamente claro está— el lugar de un ministro más de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento que es el eje central de su tesis, el denominado caso “F. A. L.”, y desde ese espacio ha construido sus propios considerandos que han refutado los que el voto de la mayoría —auténtica— ha tenido para el mencionado pronunciamiento; el que, huelga señalar, en modo alguno le ha parecido al tesista satisfactorio, no ya para su mismo gusto, sino que tampoco, en su opinión, superaría el pronunciamiento del Tribunal Cimero un *test* de sustentabilidad jurídico-existencial por el cúmulo de desaguisados que en el mismo se comenten y de los cuales habremos de dar ahora noticia, ya que son los que permiten al tesista articular el resto de páginas de su trabajo, que por brevedad no podemos ahora considerar.

No dudamos de que quizás desde una puridad académica se podría objetar que este modo de ensayar la tesis para algunos puede ser que deprecie su valor académico, porque efectivamente se retira con el mismo de un molde corriente de naturaleza más parecido al género deliberativo que al judicial. Sin embargo y por el contrario, creemos que el mismo permite confirmar al auditorio en general, que pudieron ser utilizados otros argumentos que resultaban más acordes con la misma tradición de la Corte Suprema y de la matriz del derecho argentino en una materia de tanta sensibilidad como es el referido al aborto, sea el mismo de una mujer idiota o demente, tal como fuera el que se consideró en el pronunciamiento, y anclado en la interpretación del art. 86, inc. 2º, del Código Penal.

Con dicha estratagema —según nosotros—, en el decir de A. Schopenhauer, el tesista le ha dado a su trabajo, además del valor intrínseco de la su-

ficiencia especulativa, una perspectiva desde la práctica judicial que a veces no siempre es posible reflejar en los trabajos de aprobación de maestría en general.

Por estrictas razones de brevedad para la presentación, y ni siquiera con pretensión de hacer un mapeo de la totalidad de la labor de Nicolás Quinn, habremos de destacar las principales líneas que el autor tiene para discrepar con el voto mayoritario de la Corte, aunque también lo hará con la minoría, advirtiendo también que no son todos los espacios débiles que la resolución puede tener, sino los que luego el autor habrá de responder en la parte segunda de la tesis como argumentos centrales propios al pronunciamiento.

Tal como el lector relativamente avezado habrá podido colegir, con algunas variables que son lógicas, el método que se ha seguido es típicamente escolástico: se presenta la cuestión, se contesta y se resuelve. La tesis termina con una serie de conclusiones —desarrolladas en las últimas cinco páginas del trabajo— donde remata la problemática presentada.

Haciendo ahora un repaso, sin duda incompleto, de los ejes principales de la disputación que el tesista genera, señala que la Corte Suprema en realidad encripta una meta-decisión de notable gravedad con la resolución que intentará develar al lector. Para ello, sus pasos son los siguientes: decir, distinguir, y luego construir; y como ya se ha dicho, con ello se evidencia en cada una de las cuestiones que articula —y que revisando el índice del trabajo se advierten con total claridad—, son ellas diferenciadas analíticamente una de cualquier otra, para lo cual se deconstruye cada uno de los componentes que luego, muy cartesianamente, se vuelven a construir sobre la propia perspectiva de contexto filosófico y moral, además del jurídico al que el tesista ha adherido con total respeto a la persona humana.

Ubica así a la Corte Suprema, por su pronunciamiento, como aquella que está ejercitando una variación en el paradigma sentencial, puesto que viene a ser dicho tribunal, progresista en el tránsito del Estado constitucional de derecho al de un Estado posmoderno de derecho, todo ello en función de una característica de “armonización” que la Corte realiza al conjugar una interpretación constitucional normativa que involucre la totalidad del plexo normativo invocado, a lo que se suman principios de la hermenéutica.

Todo ello para tener un foco amplio del art. 86, inc. 2º, del Código Penal, y que permita la realización del aborto a toda mujer que haya sido violada, con independencia de su estado de salud mental. Con todo esto a la vista, la Corte Suprema lograría una calificación para la persona humana por nacer de ser un “subhumano”, lo cual, sin duda, es de notable severidad en cuanto a afirmación.

A la hora de indicar de qué se trata un fallo posmoderno, el autor habrá de responder que se trata ello, porque existe una exaltación de la autonomía y los ideales modernos se están cuestionando o afectando. En tal imaginario,

el concepto de lo conveniente ha suplido al de necesidad y verdad. A ello se le debe sumar la existencia de nuevos roles que se visualizan en los escenarios actuales que son polivalentes, multifacéticos y consensuales.

Señala que la construcción de una “imagen argumentada”, que hace la Corte del problema del aborto de la mujer violada, es muy interesante de explorar; en pocas líneas destaca que los argumentos se hacen imágenes y con ello cobran otra referencia persuasiva. En tal lugar, el autor hace una incurción notable sobre ciertas aproximaciones al pensamiento gramsciano de la superestructura, y en dicho anclaje intenta también terminar de explicar la razón del fallo “F. A. L.”

Habrà de señalar que la Corte Suprema ha tenido una línea en sus resoluciones que bien puede ser nombrada desde la “Constitución viva”, y que ha hecho que sus sentencias sean “normogenéticas, manipulativas aditivas y sustractivas”. Formula luego la crítica referida a los aspectos que se vinculan a la discriminación que el Máximo Tribunal habría querido evitar con el pronunciamiento, al habilitar el aborto no sólo a quienes siendo idiotas o dementes han sido violadas, sino a todas las que han sido de esa manera abusadas; para ello se habrá de articular como respuesta una dimensión historicista que no autoriza dicha conclusión.

Esto lo lleva a considerar que el *nasciturus* dejó de ser sujeto de derecho y objeto de derecho, convirtiéndose en una variable inexistente en dicho razonamiento sentencial. El autor señala cómo es posible que por dicha vía resolutive se habilite el camino a la despenalización total del aborto.

Muestra también que el hecho de ser sólo una declaración jurada de la víctima la que habilita la práctica médica del aborto, es demostrativo que al fin de cuentas el modelo regulatorio que la Corte Suprema ha seguido es el previsto por la OMS en 2003 y que se compila en el instrumento “Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud”.

Seguramente que nuestra enumeración de aspectos a ser presentados y luego contestados por el autor, bajo el formato de un voto propio del imaginario vocal de la Corte, no corresponde a nosotros relatar, sino que deben ser descubiertos por los lectores y juzgar en consecuencia sobre ellos. Pues en rigor, no es nuestra opinión la que vale, sino la que al fin de cuentas cada lector pueda tener del trabajo del tesista.

Por nuestra parte, y sólo a modo de guisa personal del tema del pronunciamiento de la Corte Suprema en los autos “F. A. L.”, no podemos dejar de señalar que también nos sorprendieron ingratamente muchos de los ejes argumentativos que se tuvieron en él, al menos por dos grupos de líneas reflexivas.

La primera de ellas, por el olvido que en toda la consideración del voto de la mayoría se hace de un protagonista no de reparto en dicha obra, sino tan principal como la madre: el hijo; sin embargo, la línea fundamentatoria del pronunciamiento no lo considera y con ello, naturalmente, es un tanto

más sencillo hacer conclusiones porque, al final de cuentas, ellas han hecho una indebida percepción de las constancias de la causa, lo que habilitaría de tratarse de un tribunal inferior el sentenciante, de la vía extraordinaria y seguramente la anulación por arbitrariedad de dicho pronunciamiento.

La segunda se refiere a que la Corte Suprema excede sus facultades al prescribir a los Estados provinciales qué tipo de instrumentos deben dictar, aquellos que la propia resolución entiende como el adecuado para entender estos problemas como las “Guías de abortos no punibles”; y tal como sabemos, en algunas jurisdicciones provinciales, donde se ha judicializado el mismo problema, ha habido jueces que, siguiendo la orientación de la Corte, lo han replicado, y otras, con igual autoridad argumentativa, lo han rechazado; con lo cual, queda por demás evidente que no siempre aquella afirmación que Thomas Nagel destacara que quien tiene la última palabra, por tenerla, siempre triunfa aunque sus argumentos no fueran los mejores. Sin embargo a veces, aunque pocas, ello no se cumple.

Dr. ARMANDO SEGUNDO ANDRUET (h)

## ÍNDICE GENERAL

	Pág.
AUTOBIOGRAFÍA PROFESIONAL .....	V
ALGUNAS EXPLICACIONES METODOLÓGICAS SOBRE LAS TESIS DE DERECHO APLICADO DE LA MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL .....	VII
PRÓLOGO .....	XI

### INTRODUCCIÓN

I. Objetivo .....	1
II. Metodología .....	2
III. Aclaraciones necesarias .....	3

### PRIMERA PARTE

#### CRÍTICA DEL FALLO “F. A. L.”

##### I. Bloque mayoritario

1. Introducción al fallo “F. A. L.”, hechos y competencia (considerandos 1 a 6) .....	5
2. La “armonización”, ¿en una Corte posmoderna? (considerandos 7 y 8) .....	7
2.a. La Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	7
2.b. Crítica. Un cambio de paradigma: del Estado constitucional de derecho al Estado posmoderno de derecho .....	8
2.c. Una guerra de absolutos .....	9
2.d. Posmodernidad .....	13
2.d.1. Posmodernidad: ¿fin de ciclo o nuevo paradigma? .....	14

	Pág.
2.d.2. Posmodernidad: su discurso .....	15
2.d.3. Posmodernidad: su moral .....	15
2.d.4. Posmodernidad e “imaginario” .....	16
2.d.5. Posmodernidad: ética y política .....	17
2.d.6. Posmodernidad y “autonomía” .....	17
2.d.7. Posmodernidad y derecho subjetivo. ....	18
2.d.8. Posmodernidad y Estado .....	18
2.d.9. Posmodernidad y realidad .....	18
2.d.10. Posmodernidad, ideología y hegemonía .....	20
2.e. Gramscismo y posmodernidad .....	20
2.f. Posmodernidad y derecho .....	24
3. Una “hermenéutica” internacional (considerandos 9 a 14) .....	25
3.a. La Corte afirma: art. 86.2 del Código Penal, interpretación “amplia” .....	25
3.b. La Corte afirma: el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional se limita a cuestiones de seguridad social. ....	25
3.c. La Corte y la Declaración de los Derechos del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ....	26
3.d. El caso “Baby Boy”. ....	26
3.e. La Declaración Universal de Derechos Humanos .....	28
3.f. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención de los Derechos del Niño .....	28
4. Eugenesia, igualdad y discriminación (considerandos 15 y 16) .....	30
5. Legalidad, <i>pro homine</i> y derecho penal (considerandos 17 y 18) ....	31
6. Autorización judicial (considerandos 19, 22 y 23) .....	31
7. Derecho constitucional (considerandos 20, 21 y 24) .....	33
8. Estado “garantista” y lenguaje jurídico posmoderno (considerando 25) .....	35
9. La “preocupación” de la Corte (considerando 26) .....	36
10. Declaración jurada (considerando 27) .....	37



	Pág.
11. Demoliendo obstáculos: implementación operativa cómoda, segura, rápida y expeditiva (considerandos 28 al 30) .....	37
12. <i>Finale</i> : en campaña (considerando 31) .....	38
II. Bloque minoritario	
13. Opinión de la Dra. Carmen Argibay. El conflicto de derechos (considerandos 10 a 15) .....	38
14. Por "su voto" del Dr. Petracchi .....	40
III. Fallo .....	41
IV. Conclusión de la primera parte .....	41

## SEGUNDA PARTE

### DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DR. NICOLÁS QUINN

Considerandos 1-6. Hechos, planteos de las partes y antecedentes judiciales .....	43
Considerando 7 .....	46
Considerando 8 .....	48
Considerando 9 .....	51
Considerando 10 .....	53
Considerando 11 .....	57
Considerando 12 .....	61
Considerando 13 .....	63
Considerando 14 .....	65
Considerando 15 .....	66
Considerando 16 .....	68
Considerando 17 .....	70
Considerando 18 .....	71
Considerando 19 .....	74
Considerando 20 .....	75

Considerando 21 .....	76
Considerando 22 .....	79
Considerando 23 .....	81
Considerando 24 .....	82
Considerando 25 .....	83
Considerando 26 .....	86
Considerando 27 .....	88
Considerando 28 .....	90
Considerando 29 .....	92
Considerando 30 .....	93
Considerando 31 .....	95

### **TERCERA PARTE**

#### **CONCLUSIONES GENERALES**

.....	97
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>101</b>

# INTRODUCCIÓN

## I. Objetivo

La presente tesina tiene a la mira un objetivo práctico: la defensa de la persona humana inocente desde su concepción.

El objeto fue impuesto por la realidad, a partir de una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el fallo “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, F. 259. XLVI, caso resuelto el 13 de marzo de 2012, apenas finalizada la cursada de la Maestría en Magistratura Judicial. Por decisión unánime, aun con algunas diferencias en los motivos o en la decisión final, pero no en la óptica, la Corte afirmó que el art. 86, 2º párr., del Código Penal conforma un supuesto de “derecho” al aborto para todas las mujeres que aleguen haber sido víctimas de violación.

Tal supuesto “derecho” obedecería a la interpretación “amplia” que, a criterio del tribunal, corresponde hacer de la norma citada, en oposición a la interpretación “restringida” o “estricta”, que limita los casos de no punibilidad a los abortos realizados a las mujeres “idiotas o dementes” víctimas de violación o abuso.

La Corte afirmó que “...con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del art. 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que (...) la Convención no quiso establecer una protección absoluta a la vida de éste...” (considerando 10), estableciendo una novedosa, aunque antiquísima categoría desde los “horrores” de la humanidad: la de *untermensch*, “subhumano” o “semihombre”. Afirmando que se trata de un producto del Estado constitucional posmoderno, en lugar de un razonamiento dentro del Estado constitucional de derecho.

Me he propuesto entonces, señalar, destacar y proyectar la “visión argentina” de la protección de la vida de la persona humana desde su concepción y de los derechos humanos, estimándola mucho más rica, a la par que ignorada, que aquella que presenta la Corte Suprema en el fallo “F. A. L.”.

Esta tesina es concordante con una visión de una Constitución fuerte, tuitiva de la persona humana desde su concepción, nutrida en una visión personalista y realista del hombre.

Me he nutrido principalmente de profesores de la Maestría, no para tomar el camino a mano, el camino fácil, sino porque me he sentido representado por sus obras y explicaciones. No obstante ello, he incluido trabajos, razonamientos, publicaciones y posturas de otros autores de posiciones similares y también de las antípodas paradigmáticas. Creo así haber representado a las distintas aproximaciones planteadas sobre el tema.

## II. Metodología

Procuró alcanzar el objetivo a través de dos vías distintas en cuanto a su estructura, aunque similares en su paradigma constitutivo y coincidentes en sus conclusiones:

1. Crítica del fallo “F. A. L.”
2. Disidencia del fallo “F. A. L.”

La primera vía es la crítica del fallo. Por un lado, critico al bloque mayoritario, sus presupuestos, razonamientos, conclusiones y propuestas. Por el otro, critico el conflictivismo intentado por el bloque minoritario, tanto por el voto coincidente con la mayoría, como aquel que propugna que el recurso extraordinario debe ser rechazado pero deja asentada su postura. Esta primera parte intenta ser una visión un tanto más descarnada, más “de barricada”, llevando los extremos del análisis al límite.

La segunda vía, la disidencia, constituye una ficción: tomo el desafío de ocupar un lugar en la Corte Suprema de Justicia y plantear la única disidencia del Tribunal. En esta segunda parte la deconstrucción muta en reconstrucción y las críticas conforman una visión un poco más distante, más togada que la primera, aunque desde idéntico paradigma.

Soy consciente de que, en palabras de Carnelutti, “...los juristas dicen que el juez está *super partes* (...). El juez, sin embargo, es un hombre también él; si es un hombre es también él una parte. Esto de ser al mismo tiempo parte y no parte, constituye la contradicción en la cual se debate el concepto de juez. Esto de ser el juez y hombre y de deber ser más que un hombre, constituye su drama (...). (E)n suma, es necesario no ser partes para ser jueces...”<sup>(1)</sup>.

“...La ley ha intentado todos los expedientes posibles para garantizar la dignidad del juez. El más obvio entre éstos consiste en el juicio colegiado; puesto que el juzgar a otro hombre exige que quien juzga sea más que quien es juzgado, lo hace juzgar por varios hombres reunidos. A primera vista, el expediente parece ilusorio; una dignidad no se obtiene con la suma de varias indignidades. Pero lo cierto es que una cosa ha de considerarse la suma de varios jueces, y otra su unidad; no se trata, en el colegio, de añadir un juez a

---

(1) CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, pp. 28/29.

otro como los sumandos de una adición; sino de *vertere plures in unum*, diríamos en latín, esto es, de hacerlos convertirse en uno solo..."<sup>(2)</sup>.

"...El principio del colegio judicial es verdaderamente un remedio contra la insuficiencia del juez, en el sentido de que, si no la elimina, al menos la reduce en otras palabras, el juez colegiado está menos lejos que el juez singular de lo que el juez debería ser; pero a condición de que el juez alcance su unidad o sea de que entre los jueces singulares se establezca el acuerdo, que no significa tanto identidad de opiniones cuanto paridad de tensión hacia la verdad..."<sup>(3)</sup>.

Ése es el marco de la segunda parte: la disidencia.

Tal vez cada una de las dos estructuras hubiera podido conformar, por separado, un trabajo independiente uno del otro. Pero se hubiera repetido en varios pasajes. A efectos de darle una cierta unidad, y evitar las repeticiones, he optado por recortar la primera parte y conformarla como una introducción referencial hacia la segunda. De todas formas, estimé necesario dejar asentada la barricada y la toga, aspectos coincidentes pero disímiles en aras de la protección de la persona humana inocente que en este trabajo encaro. El profundo dolor interno que causó en mí el fallo de la Corte, y su peligrosísima proyección, me llevaron a exhibir las cicatrices intelectuales que dejó el contundente tocado. He aquí las razones por las que decidí dejar asentadas ambas vías en la tesina que, por otra parte y sin perjuicio del objetivo práctico planteado, no pueden dejar de ser enmarcadas dentro de una propuesta de índole académica.

### III. Aclaraciones necesarias

Hay dos cuestiones metodológicas sobre las que deseo prevenir al lector.

La primera es que decidí no tratar el tema de la constitucionalidad del art. 86, 2º, del Código Penal. Si bien al principio de la disidencia establezco la libertad con la que se cuenta para fallar, y más allá de que hubo un planteo en ese sentido, luego decidí no tratar ese aspecto. Estimo que, de por sí, podría hacerse una tesina completa sobre el punto y es por ello que decidí eludirlo, espero que de forma elegante.

La segunda es que mi posición personal respecto del art. 86, 2º, del Código Penal se asemeja más a aquella desarrollada por el Dr. Carlos Mahiques en el fallo "L. R. M." al que se hace mención —de la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires— esto es que —en relación al aborto allí previsto— si se trata de un acto ilegal y reprochable no puede permitirse, y si se trata de un caso de no punibilidad, no puede autorizarse. No obstante ello, opté por tratar el

---

(2) *Idem*, p. 30

(3) *Ibidem*, p. 31

tema como si desde la magistratura dejara a salvo la posibilidad de consulta por parte de los médicos y que fuera posible la eventual “autorización”. Lo he hecho por razones expositivas, puesto que, en caso de tratar ese tema, se hacía imperioso ingresar en la constitucionalidad de dicho artículo, circunstancia que por las razones ya expuestas en el párrafo precedente, postergué asumir.

Estimo necesario aclarar que, en la elaboración, me tomé la licencia de incluir una cierta dosis de posmoderno *collage/montaje*<sup>(4)</sup> en la aproximación de algunos temas, con el objetivo —que desde ya confieso— de asimilar los escalones dogmáticos por los cuales iba transitando, y a la vez, enhebrar mi propio pensamiento. Si bien tal circunstancia puede haber diluido en originalidad, seguramente reforzó el trabajo en contundencia.

Por último, dos aclaraciones “estéticas”. La primera es que opté por indicar los “considerandos” de mi disidencia con cifras de numerales cardinales con “o” volada, para diferenciarlos de los considerandos del fallo de la Corte, expresados sin volada; de esa forma, cuando indique un “número” de “considerando” se podrá, rápidamente, saber si el mismo se refiere al Fallo de la Corte o a mi disidencia: si es del Fallo será referido como “considerando 22”, mientras que si es de mi disidencia será referido como “considerando 22º”. La segunda aclaración es evidente. Los “considerandos” de mi disidencia son presentados con “crítica” y “propuesta”. Hubiera preferido dejar la disidencia sin nada más que los números de los considerandos, pero una cuestión de orden expositivo y necesidad estrictamente académica impusieron el título y los dos aspectos señalados. Los “títulos” señalados en el índice no fueron incluidos en el texto de la “disidencia”.

A partir de estas reflexiones, critico, tomo postura y desarrollo una propuesta. Sirva el presente trabajo como una primera aproximación al tema. Su cuestionamiento permitirá, eventualmente, su profundización, y su destino está irremediablemente subordinado a la crítica que, desde todos los campos, se establece como bienvenida.

---

(4) Desde el posmodernismo, el “collage” es la transferencia de materiales de un contexto a otro, y el “montaje” la “diseminación” de estos préstamos en el nuevo emplazamiento (ULMER, Gregory L., “El objeto de la poscrítica”, en AA.VV., FOSTER, Hal (dir.), *La posmodernidad*, 5ª ed., Kairós, Barcelona, p. 127, en referencia a Levi-Strauss). Se presenta como una de las características artísticas de la posmodernidad.

## PRIMERA PARTE

### CRÍTICA DEL FALLO “F. A. L.”<sup>(5)</sup>

#### I. Bloque mayoritario

##### 1. Introducción al fallo “F. A. L.”, hechos y competencia (considerandos 1 a 6)

“Desde mediados de la década de 1960 la liberalización del aborto ocupa un lugar relevante en las agendas políticas de las democracias centrales del mundo. (...) En la Argentina... (e)n las primeras dos décadas del proceso de democratización iniciado en 1983, el pacto político de silencio ante la posibilidad de liberalizar el aborto fue inquebrantable (...) sólo comenzó a resquebrajarse en la última década con la aparición de señales inéditas de apertura. Esas transformaciones, acompañadas en los últimos tiempos de una creciente movilización social, parecen haber promovido un contexto en el que hoy es pensable augurar un avance de la deliberación pública y la intervención estatal (...) La perspectiva de un diálogo creciente, sumada a la reacción de las instituciones políticas que por fin comienzan a despertar de su letargo, ofrece la oportunidad de aproximarse de un modo más complejo, más libre del encierro maniqueo, a las opciones jurídicas en pos de la liberalización. Ante la perspectiva (...) llevan también a que nos preguntemos por qué la legislación penal sobre el aborto, a diferencia de otras instituciones jurídicas sometidas a cambios bruscos en las últimas dos décadas, se ha mantenido al margen de los influjos de la globalización y de los avances en materia de derechos humanos en otras regiones del mundo y en nuestro país...”<sup>(6)</sup>.

En este contexto de presión extraordinaria, ejercida tanto por las Naciones Unidas, distintas ONG's y movimientos *on line*, desde los que se impulsa el aborto libre como un derecho humano de la mujer, llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el caso “F. A. L.”

El caso es terrible. Una menor de edad violada por su padrastro quedó embarazada y se presentó, con su madre, en el Hospital Zonal de Trelew para

---

(5) “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, F. 259. XLVI rta. 13/3/2012.

(6) BERGALLO, Paola, “Introducción. La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, en AA.VV., Bergallo, Paola (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Editores del Puerto, 2011, pp. 1-2.

abortar. Los médicos pidieron autorización judicial. Les fue rechazada en primera instancia y en Cámara. El Supremo Tribunal de Justicia de Chubut revocó las decisiones afirmando que se trataba de un caso de no punibilidad del art. 86, primera parte, del Código Penal. Finalmente, el 11 de marzo de 2010 se realizó el aborto en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew. El tutor *ad litem* de la persona por nacer recurrió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema recibe la causa y, a pesar de que el Ministerio Público Fiscal dictamina que debe declararse abstracta, decide que "...se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro..." (considerando 5)<sup>(7)</sup>.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es unánime en cuanto a que todas las mujeres víctimas de violación están autorizadas a abortar sin necesidad de que sean "idiotas o dementes", de acuerdo con el art. 86, 2º párr., del Código Penal. Ese argumento es asumido por los siete ministros de la Corte, si bien la Dra. Argibay lo hace por su voto y el Dr. Petracchi declara al recurso inadmisibles, puesto que este último deja su opinión asentada en el sentido expuesto.

En cuanto a los "considerandos", la mayoría está compuesta por cinco votos: el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti y los ministros Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni; la Dra. Carmen Argibay y el Dr. Enrique Santiago Petracchi se expiden conforme a lo dicho en el párrafo precedente.

Así, en relación a la parte propiamente decisoria, seis ministros declaran admisible el recurso y confirman la sentencia recurrida; uno lo declara inadmisibles; la sentencia recurrida queda firme.

La mayoría relata los hechos en los considerandos 1 y 2; la minoría, en sus dos posturas (Dra. Argibay y Dr. Petracchi) los describen en los considerandos 1 a 4 y en el considerando 3, la mayoría se refiere a los recursos y los agravios invocados.

---

(7) En este sentido, sigue el antecedente de "Roe v. Wade" de los Estados Unidos, al cual haré referencia, en el que "El primer problema a resolver era la subsistencia del caso a pesar de la terminación del embarazo, cuestión que fue superada con un argumento de lógica impecable: un proceso judicial siempre es más prolongado que un embarazo, por ello, exigir la subsistencia del embarazo al momento de dictarse sentencia final impide toda decisión sobre el tema. Por lo demás, agrega Blackmun, subsiste para la demandante el interés en resolver el caso, pues podría volver a quedar embarazada..." (BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, t. III, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2013, pp. 64/65, con la referencia en nota 165 de la versión en idioma original).



En el considerando 4 la mayoría hace referencia a la intervención de la Defensoría General de la Nación, conferida ya por la Corte Suprema, y se asienta la postura del Ministerio Público de la Defensa. La desarrollada por el Ministerio Público de la Defensa es una de las posiciones más peligrosas, a mi entender, que conforman un arcón cerrado, preparado y listo para ser abierto y dar una vuelta de campana en el tema del aborto. Ya volveré sobre esta opinión que, entrelazada con los conceptos vertidos por la Corte —mayoría y minoría— dejan, a mi criterio, asentadas las bases para la despenalización completa del aborto.

En el considerando 5 de la mayoría, la Corte Suprema asume la competencia a excepción del ministro Petracchi quien, luego de estimar que los argumentos diferencian entre las víctimas de violación para terminar el embarazo (su considerando 8), adopta la misma visión de la Dra. Argibay en cuanto al “conflicto de intereses”, reprochando al recurrente que no haya tenido en cuenta el “conflicto” y el contrapeso de la niña de 15 años (su considerando 9). Como ya he dicho, a diferencia de la mayoría y de la Dra. Argibay, declara inadmisibile el recurso extraordinario.

## **2. La “armonización”, ¿en una Corte posmoderna? (considerandos 7 y 8)**

### *2.a. La Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Retomo la postura del bloque mayoritario para, al final, referirme a la de al bloque minoritario.

En el considerando 7, el bloque mayoritario afirma que, dada la esencia de los agravios, que radican en la interpretación de normativa constitucional y convencional y el carácter federal que reviste el planteo, estima oportuno y necesario responder a los agravios desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnorado, “...a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como Ley Suprema de la Nación (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidad internacional...”

En el considerando 8 adelantan ya que dicha tarea de armonización, “...a través de un análisis global del plexo normativo y por aplicación de los principios de la hermenéutica de interpretación sentados por esta corte desde antiguo, que corresponde realizar una interpretación amplia del art. 86, inc. 2º, del Código Penal. Afirman que a la luz del principio de reserva constitucional del art. 19 *in fine* (...) ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial...”

En este punto resulta necesario desarrollar algunas reflexiones.

*2.b. Crítica. Un cambio de paradigma: del Estado constitucional de derecho al Estado posmoderno de derecho*

Los considerandos 7 y 8 de la Corte aparentan situarnos en las concepciones más “modernas” del Estado constitucional de derecho. Recordemos que, en el Estado de derecho legal, el concepto de “soberanía” hacía que el derecho local primara, en tiempos de paz, por sobre el derecho internacional, mientras que éste era considerado preeminente en tiempos de guerra. En general se desembocaba en concepciones monistas plenas o monistas con apariencia de dualistas: primaba el nacional o el internacional de acuerdo con cuál fuera el tema a resolver o la situación política ya descripta.

No obstante, a mi criterio, la “armonización” que nos anuncia la Corte y que desarrolla en su fallo, abandona la concepción “moderna” del Estado constitucional de derecho y abraza una visión “posmoderna” del ámbito jurídico, desembocando en un paradigma que he elegido denominar “Estado constitucional posmoderno”. La “armonización” que anuncia la Corte no es tal, sino que lo es sólo de nombre, y oculta una horrorosa subcategorización de la persona humana y la consagración del carácter de “subhumano” de la persona por nacer, con la consecuencia de que la “Convención Americana de Derechos Humanos” “...no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste...” Sobre el tema volveré *infra* en el presente acápite y será de crítica recurrente en la “disidencia”, en particular en el considerando 13°.

La postura de la Corte no se corresponde con la posición que la República Argentina ha planteado, sostenido e incorporado en sus intervenciones en el ámbito y el derecho internacional, que es sólida, coherente, completa, integral y válida para la modernidad del siglo xx y la posmodernidad del siglo xxi, y que denomino “visión argentina” de protección de la persona humana inocente y los derechos humanos y que se corresponde con un “Estado constitucional de derecho”.

Me preocupa profundamente que, en este fallo, la Corte consagre a una serie de manifestaciones de oficinas y comisiones que encarnan posiciones ideológicas fuertes, como fuentes constitucionales directas y soberanas. Es cierto que dichas posiciones han sido asumidas por las Naciones Unidas. Pero no puede soslayarse que controvierten el derecho internacional tal y como rige en, para y desde la República Argentina, conforme a las reservas y declaraciones interpretativas planteadas en cada oportunidad. Tales posiciones fuertes buscan —cada vez con mayor éxito— posicionarse como hegemónicas<sup>(8)</sup> o dominantes, como “pensamiento único”, y encarnan una lucha política, militante y comprometida.

---

(8) El concepto de hegemonía tiene un desarrollo muy profundo en las teorías marxistas. Éstas sostienen que tiene su origen en la socialdemocracia rusa, tomada por el leninismo y centralizada por Gramsci (LACLAU, Ernesto - MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, 2ª ed. en

### 2.c. Una guerra de absolutos

Y es que la punibilidad del aborto se ha convertido en una discusión social, política y jurídica en la posmodernidad, a tal punto que ha sido denominada por un constitucionalista estadounidense como una “guerra de absolutos”<sup>(9)</sup>. Y el término “guerra”, si bien parece un término exagerado, en realidad no parece muy alejado de la realidad. La cristalizada afirmación de von Clausewitz en cuanto a que “La guerra es la extensión de la política por otros medios”<sup>(10)</sup> ha llevado a que en temas tan sensibles como el aborto, el ámbito legal y jurídico se haya transformado en un verdadero “campo de batalla”. Me animo a afirmar que para las posiciones más duras respecto del tema, “la justicia”<sup>(11)</sup> es la extensión de la política por otros medios” entendiéndolo el aforismo con carácter transitivo del de von Clausewitz. Así, se consagra la idea de que “la justicia es la extensión de la política y de la guerra, por otros medios” (Política/Guerra/Justicia)<sup>(12)</sup>.

---

español, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, p. 31). “El campo general de emergencia de la hegemonía es el de las prácticas articuladoras, es decir, un campo en el que los ‘elementos’ no han cristalizado en ‘momentos’” (*idem*, pp. 177/178), y afirma “Hegemonía es, simplemente *un tipo de relación* política; una *forma (...) de la política...* y es esencialmente metonímica: sus efectos surgen siempre a partir de un exceso de sentido resultante de una operación de desplazamiento” (pp. 183 y 186). Concluye el libro de la siguiente forma: “...el campo de la política como espacio de un juego que no es nunca ‘suma cero’, porque las reglas y los jugadores no llegan a ser jamás plenamente explícitos. Este juego, que elude al concepto, tiene al menos un nombre: hegemonía” (*ibidem*, p. 239). No haremos una precisa distinción gramscista entre hegemonía y dominio en el cuerpo de la crítica, aunque ahondaré en algunos de los conceptos del pensador italiano.

(9) Así lo expresa Laurence H. Tribe: “Este libro trata de una guerra de absolutos, de la vida contra la libertad. No existe un derecho más fundamental que el derecho a vivir. La muerte prematura de un niño pequeño es una de las tragedias más terribles de la vida. Provocar una muerte de esta índole es muy injusto. Y si es injusto un infanticidio ¿acaso es distinta la destrucción de un feto a los cinco u ocho meses de gestación? No hay nada más devastador que una vida sin libertad. Una vida en la que la persona se ve obligada a ser madre o padre es justamente esa clase de vida. La violación es una de las formas más profundas de negación de la libertad, y obligar a una mujer a dar a luz al hijo de su violador es una agresión a su humanidad (...) Desde la perspectiva del feto, el cómo se dio el embarazo, sin duda, no tiene ninguna importancia...” (TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, Fondo de Cultura Económica - Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1ª ed. en español de la 2ª ed. en inglés, 2012, p. 107). Con estas páginas Tribe inicia su libro de sugerente título. El autor es profesor de Derecho Constitucional de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard y de la Universidad Carl M. Loeb. Es un destacado abogado de apelaciones y un distinguido académico, y en 2010 fue nombrado por el presidente Obama para servir como asesor principal de la Presidencia de los Estados Unidos en Acceso a la Justicia. El Prof. Bianchi lo señala como al representante más conspicuo de la “batalla ancestral” del aborto (BIANCHI, ob. cit., t. III, pp. 62/63).

(10) VON CLAUSEWITZ, Karl, *De la guerra*, Distal, Buenos Aires, 2013, p. 49.

(11) “Justicia” entendida como Poder Judicial y operadores jurídicos, pero también en su analogado de “virtud”.

(12) Cfr. punto 2.e, *infra*, “Gramscismo y posmodernidad”.

Resulta imperioso que desde todos los ámbitos defendamos apasionadamente el derecho a la vida desde la concepción, pero es nuestra responsabilidad hacer que la “disputa” —aun cuando para algunos sea considerada una verdadera *guerra*—, en el campo académico y jurídico, se mantenga en los márgenes jurídicos y que ése sea el *campo de batalla*, siempre como analogía y en sentido figurado. La irracionalidad no ha traído buenos ejemplos<sup>(13)</sup>, y en una sociedad que pretende convivir en un Estado constitucional de derecho, resulta imprescindible, al plantear las posiciones, que éstas se fundamenten en la dignidad de la persona humana.

Las posiciones en conflicto “bélico” —más allá de los sujetos de cada caso particular— están, a mi modesto entender, claramente explicadas en nuestro medio por Marín D. Farrell<sup>(14)</sup> en su artículo “¿Existe un derecho constitucional al aborto?”<sup>(15)</sup>, y lo hace en estos términos: “...Lejos de entender que podía hablarse de un derecho constitucional al aborto, el juez consideró que existía una prohibición constitucional al aborto. Éste es uno de los extremos

---

(13) No debemos olvidar los límites a los que se debe llevar la discusión. El rebasamiento de esos límites puede llevar a posturas muy complicadas, con implicaciones penales serias y trágicas. Por poner un ejemplo: el autodenominado “Ejército de Dios” (*Army of God* en inglés o AOG), que incendiaba clínicas de aborto en los Estados Unidos y dejaba las iniciales AOG. Por otra parte, el reverendo Paul Hill mató al doctor John Britton y a su escolta voluntario, James Barrett mientras iban hacia el Ladies Center, un centro abortivo en Pensacola, Florida. Varios años antes, Rachelle Shanon, un ama de casa de la zona rural de Oregon, también confesó haber puesto bombas en una serie de clínicas de interrupción de embarazos. Fue declarada culpable de intentar asesinar y herir al doctor George Tiller mientras se alejaba en auto de su centro abortivo en Wichita, Kansas. Paul Hill fue ejecutado mediante la aplicación de la pena de muerte el 3/9/2003 en Florida. El reverendo Mike Bray afirmaba que “...los americanos viven en una situación ‘comparable a la Alemania Nazi’, un estado de guerra oculto (...) son conscientes de lo que está pasando y tienen el valor moral de resistir, se ven impulsados a entrar en acción. Según Bray, el cristianismo le da el derecho de defender a ‘niños no nacidos’ inocentes, incluso por medio del uso de la fuerza, aunque eso suponga ‘destruir los locales en los que se les mata con regularidad, o quitar la vida de los que los están asesinando’. (...) Bray explicó que los ataques a clínicas de interrupción del embarazo y matar a médicos abortistas eran actos esencialmente defensivos y no punitivos. Según Bray, ‘no es lo mismo llevarse a un abortista retirado y matarlo, que acabar con un abortista en activo que asesina bebés con regularidad’. El primer acto es retributivo, según Bray, y el segundo defensivo. Según Bray, los ataques pretendían no tanto el castigo de las clínicas y de los abortistas por sus acciones, sino evitar que ‘matasen bebés (...). Se cuidó bien de negar que fomentara la violencia, pero la aprobaba moralmente en algunos casos...’” (JURGENSMEYER, Mark, *Terrorismo religioso. El auge global de la violencia religiosa*, 1ª ed. en castellano, 2001, de la 1ª ed. en inglés, 2000, Siglo XXI, Buenos Aires, capítulo “Soldados de Cristo”, pp. 21/49). El reverendo Bray fue condenado por destruir siete clínicas abortistas a pena de prisión.

(14) Abogado, doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA), profesor de la UBA y de la UP, juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

(15) FARRELL, Martín D., “¿Existe un derecho constitucional al aborto?”, en AA.VV., BERGALLO, Paola (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

del segmento que se debe entender. El otro extremo, por supuesto, está integrado por aquellos que piensan que el derecho a abortar está constitucionalmente protegido de manera irrestricta, y que así debe declararlo la Corte Suprema, independientemente de la legislación penal en vigencia. Recorro de manera deliberada a la figura del segmento porque pienso que es bueno recordar que estas dos posiciones son extremistas, y que en el medio del segmento aparecen otras dos posiciones. Ambas tienen esto en común: las dos creen que, en la mayor parte de los casos, al menos, es el legislador quien debe resolver el problema del aborto. Lo que las separa, obviamente, es esto: mientras una de ellas cree que el legislador debe resolver el problema prohibiendo el aborto, al menos en la mayor parte de los casos, la otra cree que el legislador, al menos en buena medida de casos, debe permitirlo. Para la posición prohibicionista constituye una tentación imaginar una terminante prohibición constitucional al aborto, y para la posición permisio-nista constituye una tentación imaginar un derecho constitucional, tal vez sin límites, al aborto, pero ninguna de las dos posiciones, sin embargo, cae en la tentación de preferir alguno de los extremos del segmento..."<sup>(16)</sup>.

Por ejemplo, en los Estados Unidos, desde el fallo "Roe v. Wade"<sup>(17)</sup> cada elección presidencial tiene como uno de los temas planteados a los candida-

---

(16) *Idem*, p. 378. Me parece muy gráfica la imagen del segmento con sus "extremos". Aclaro que no comparto la denominación de las posturas que hace el Dr. Farrell. Entiendo que "prohibicionistas" y "permisionistas" corresponden a un calificativo negativo respecto de los grupos "pro vida" (*pro life*) o antiabortistas y positivo en relación a los autodenominados "pro opción" (*pro choice*) o abortistas, aun cuando las denominaciones resultan pertinentes a los planteos de dichos grupos.

(17) 410 US, p. 113 (1973) en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró que salvo en circunstancias muy específicas la Constitución de los Estados Unidos no permite que el gobierno interfiera en el derecho de una mujer a optar por el aborto, según síntesis de Tribe (p. 108). En el fallo, "...la Corte se basó en el derecho al intimidad 'fundado en el concepto de la XIV Enmienda acerca de la libertad personal y las restricciones a la acción estadual' definido a partir de *Griswold* con un derecho *individual*, llegó a la conclusión de que dicho derecho tenía 'amplitud suficiente para incluir la decisión de la mujer acerca de la continuación o terminación de su embarazo'. La Corte señaló (...) 'No coincidimos en que, al adoptar una teoría de la vida, Texas debe imponerse los derechos de la mujer embarazada que están en juego (...) la Corte llegó a esta conclusión: (a) En la etapa que termina aproximadamente hacia el fin del primer trimestre, la decisión del aborto y su realización debe quedar a cargo del juicio médico del profesional que atiende a la embarazada; (b) Durante la etapa siguiente y hasta aproximadamente el fin del primer trimestre, el estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si así lo prefiere, reglamentar el procedimiento del aborto de modo que esté relacionado razonablemente con la salud maternal; (c) En la etapa que sigue a la viabilidad el estado, al promover su interés en la potencialidad de la vida humana puede, si así lo prefiere, reglamentar e incluso prohibir el aborto, excepto cuando es necesario, según el apropiado juicio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre..." (CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraternal, 1ª ed. en español, 1987, de la 14ª ed. en inglés, 1978, Princeton University Press, p. 600. *Jane Wade*, parte del caso, era en realidad Norma McCorvey, quien en el año 2003, 30 años después del fallo, confesó ante la Corte Federal de Dallas que "...era absolutamente

tos, si se intentará reformar legislativamente o a través de alguna enmienda constitucional lo dispuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en dicho fallo<sup>(18)</sup>. Ello sin perjuicio de que el fallo fue “reescrito” por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey” en 1992<sup>(19)</sup> con el específico fallo posterior para los casos de “aborto con nacimiento parcial” en el segundo trimestre, a partir del fallo “Stenberg vs. Carhart”<sup>(20)</sup>.

---

falso que hubiese sido violada. Nunca lo fue. Se prestó, en cambio, al juego de un grupo feminista radicalizado, asesorada por dos abogados abortistas, dejándose llevar por quienes vieron una excelente oportunidad para abrir así la puerta a la legalización del aborto en Texas y luego en el resto del país...” (“Fraudulenta legalización del aborto”, Editorial del diario *La Nación*, domingo 6 de julio de 2003).

(18) En el último debate entre los candidatos a vicepresidente (2012) se le preguntó al candidato por el Partido Republicano, Paul Ryan si los estadounidenses que apoyaban el derecho a decidir (*pro choice*, “abortistas”) debían sentirse preocupados ante la posibilidad de una administración Republicana. El candidato afirmó: “Creemos que esta decisión sólo la pueden tomar jueces electos. El pueblo, a través de sus representantes elegidos y mediante un consenso con la sociedad alcanzado por un proceso democrático, es quien debe tomar la decisión. Los estadounidenses *pro choice* entendieron que la libertad de una mujer para decidir si llevaría a término un embarazo o no, debía determinar la el voto de la mayoría de los habitantes de su estado, y no ella ni aquellos en cuyo juicio confiara, su doctor entre ellos. Por su parte, el vicepresidente Biden del Partido Demócrata nos brindó una visión clara de la dinámica del conflicto político sobre el aborto: ‘El próximo presidente podrá nominar a uno o dos miembros de la Suprema Corte. Así de cercano está el caso «Roe v. Wade», expresó preocupado de que la elección de un candidato Republicano podría implicar la condena del derecho nacional al aborto’” (TRIBE, ob. cit., pp. 93/94).

(19) “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey”, 505 US P. 833 (1992). “...Para el momento en que el caso llegó a la Corte, los miembros designados por Ronald Reagan y George W. Bush —ambos Republicanos— representaban una mayoría de cinco votos. Con la determinación de probar qué tan dispuesta estaba esta Corte conservadora a alejarse del caso Roe —quizá incluso lo suficiente para invalidarlo por completo—, el estado de Pensilvania promulgó (...) una ley que imponía ciertas restricciones a las mujeres que deseaban abortar (...) Con una opinión resolutive de los magistrados Sandra Day O’Connor, Anthony Kennedy y David Souter, la Suprema Corte ‘retuvo y reafirmó’ el fallo central del caso Roe. En realidad estos tres magistrados reescribieron esa resolución. Al hacer a un lado el marco trimestral del caso Roe (...) los tres autores de la opinión conjunta del caso *Casey* lo reemplazaron con el estándar favorecido por la juez O’Connor: la protección de una mujer contra cualquier ‘carga indebida’ impuesta por el gobierno sobre su habilidad para terminar un embarazo antes del punto en que el feto sea ‘viable’ (es decir, capaz de sobrevivir fuera del útero). En esta importante desviación del caso Roe, Casey reconoció y santificó la autoridad de un estado para mostrar un interés legítimo en la protección de la ‘vida potencial’ a lo largo de todo el embarazo, desde el momento de la concepción. Así, mientras la regulación estatal no ponga una ‘carga indebida’ sobre el derecho de una mujer para abortar un feto que aún no es viable, la reglamentación sobrevive al escrutinio judicial...” (TRIBE, Laurence H., *idem*, pp. 97-98). “...El caso Casey ilustra la guerra de absolutos a nivel micro; después de 19 años de angustia sobre Roe, la Corte se encontró aún más dividida de lo que había estado en prácticamente cualquier otro caso sobre el aborto...” (p. 466).

(20) 530 US, p. 914 (2000). “...el giro radical que dio la Corte en relación con el ‘aborto con nacimiento parcial’, conocido como D&E (dilatación y evacuación), es uno



Entonces, nos encontramos ante un escenario en el que la posición “pro vida” (o “prohibicionista”) por un lado y la posición “pro opción” (o “permissivista”) por el otro, se enfrentan —desde sus posiciones absolutas— en una desagradable “guerra” que se traslada al ámbito judicial; ambos extremos pueden considerar a las otras dos posiciones mixtas también como “enemigos”. Ya me he referido al peligro de llevar la disputa fuera del ámbito legislativo, legal y judicial. Y he afirmado que la disputa se ha dirimido, para los casos de víctimas de violación, a través de una decisión posmoderna por parte de la Corte Suprema de Justicia.

### 2.d. Posmodernidad

Llegado a este punto, debo preguntarme: ¿qué significa afirmar que el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es un fallo “moderno” sino “posmoderno”? Para poder responder es imprescindible entender qué es “posmoderno” y qué significa la “posmodernidad”.

Pues bien, como ya he tenido oportunidad de referir<sup>(21)</sup>, la posmodernidad resalta la búsqueda de “autonomía” como configuradora de los criterios de libertad, derecho y verdad. Dicha concepción se ve, a mi entender, reflejada en el fallo “F. A. L.” y haré específica referencia en los considerandos 17 y 26 de la “disidencia”.

---

de los procedimientos más comunes durante el segundo trimestre. Por lo general, esta práctica involucra a un doctor que dilata el cérvix hasta el punto necesario para insertar instrumentos quirúrgicos que le permitan extraer partes del feto. Sin embargo, en una variante de este procedimiento llamada ‘aborto por nacimiento parcial’ el doctor extráela mayor parte del feto intacta antes de matarlo. La comunidad pródica considera esta práctica particularmente espantosa y ha logrado prohibirla en varios estados. En un desafío a la prohibición en el estado de Nebraska, la Suprema Corte en el caso *Stenberg vs. Carhart* derogó la ley, pues determinó que el estado no había redactado de manera estricta su estatuto, el cual parecía prohibir todos los abortos por D&E y no sólo el aborto con nacimiento parcial; observaba además que el estado no había hecho una excepción en los casos en que el tipo de aborto prohibido fuera necesario para proteger la salud de la mujer involucrada. Ya que los abortos que ocurren durante el segundo trimestre suelen suceder antes de que el feto sea capaz de sobrevivir en el exterior, la prohibición absoluta del procedimiento más usado durante el segundo trimestre sin duda calificaba como una ‘carga indebida’. Después del caso *Stenberg*, el Congreso sólo promulgó una prohibición nacional del aborto por parto parcial...” (*ibidem*, p. 99).

(21) Tesina “La política criminal del siglo XXI: un derecho penal de intensidad diferenciada”, presentada en el Curso de Especialización de Derecho Penal de la Universidad Austral —2003/2004—, en marzo del año 2006, que fueron luego adaptadas y publicadas (QUINN, Nicolás, “Delincuencia económica, globalización y derecho penal”, en AA.VV., YACOBUCCI, Guillermo (dir.) - LAPORTA, Mario - RAMÍREZ, Nicolás (coords.), *Derecho penal empresario*, B de F, Buenos Aires, 2010, pp. 927/986). Algunas de las ideas de esta Maestría de Magistratura Judicial, tomadas de dicha tesina, serán reiteradas.

### 2.d.1. Posmodernidad: ¿fin de ciclo o nuevo paradigma?

Considero que nos encontramos, actualmente, inmersos en una etapa —nueva para algunos, terminal para nosotros— llamada “posmodernidad”, capitalismo tardío, época posindustrial, edad digital o cualquier otro de los calificativos que pretenden significar que los ideales modernos se están resquebrajando, de manera alarmante o tranquilizante, según como se mire<sup>(22)</sup>.

Comparto con Habermas la afirmación de que, en esta etapa de transición, el “modernismo”, aunque “muerto” —según su postura—, se encuentra aún “dominante”<sup>(23)</sup>. Sostenemos que la “posmodernidad” o “posmodernismo”<sup>(24)</sup>, constituye un momento de transición y de crisis, que se extiende también al carácter hegemónico del paradigma ideológico, liberal, iluminista o “moderno”. La “posmodernidad”, como último peldaño de la “modernidad”, asiste a ese fenómeno. Ésa es su característica de fondo, más allá de su imagen de superficie, y la ideología que resulte hegemónica<sup>(25)</sup>, y resulte victoriosa, configurará el paradigma del siglo XXI.

En este sentido, Esther Díaz<sup>(26)</sup> afirma que, si cada ciencia impone sus reglas de juego y la moral se rige por una pluralidad de códigos, el paradigma

---

(22) DÍAZ, Esther, “¿Qué es la posmodernidad?”, en *Posmodernidad*, 3ª ed. correg., Biblos, Buenos Aires, 2005, pp. 16/17, nota 4. Para la descripción del “posmodernismo”, comenzaremos con aquella que también hace Díaz; la autora se refiere al “posmodernismo” en la cultura occidental, que señala como surgida en el siglo XVIII a.C. en la isla de Creta (época arcaica), que continúa en la Grecia del siglo V a.C. y atraviesa la cultura latina hasta el siglo V de nuestra era (época antigua), sigue vigente durante todo el Medioevo, se afianza entonces desde el centro de Europa de manera espectacular en la modernidad y se expande hasta nuestros días y nuestras regiones (ob. cit., p. 17, nota 4).

(23) Habermas afirma que, si bien el modernismo puede haber “perdido una referencia fija histórica”, se encuentra, aunque “muerto”, aún “dominante” (citado por FOSTER, Hal, en “Introducción al posmodernismo”, en AA.VV., *La posmodernidad*, 5ª ed., Kairós, Barcelona, 2005). Zygmunt Bauman cita una entrevista que Ulrich Beck realizó a Jonathan Rutherford el 3 de febrero de 1999, en la que habla de “categorías zombis” y de “instituciones zombis”, que están “muertas y todavía vivas” (BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, 1ª ed., 2003, 5ª reimpr., 2006, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, p. 12).

(24) “La palabra *posmodernismo* remite generalmente a una forma de la cultura contemporánea, mientras que el término *posmodernidad* alude a un período histórico específico (...) Esta distinción entre posmodernismo y posmodernidad me parece útil, pero no la he respetado particularmente en este libro (...) dado que están claramente relacionadas” (EAGLETON, Terry, *Las ilusiones del posmodernismo*, 2ª reimpr., Paidós, Buenos Aires, 2004, pp. 11/12). Hacemos nuestra la distinción, y el uso indistinto para este trabajo.

(25) Sobre el concepto de “hegemonía”, ver nota 8 del presente.

(26) Esther Díaz es doctora en Filosofía de la Universidad de Buenos Aires, directora de la maestría en Metodología de la Investigación Científica de la Universidad Nacional de Lomas y directora del proyecto “Universidad e investigación en la Argentina” en esta última universidad, directora de la revista *Perspectivas Metodológicas* y trata el tema en su obra *Posmodernidad*, particularmente en el capítulo I, “¿Qué es la posmodernidad?, ya citado.



iluminista se encuentra actualmente en crisis. Agregamos que la realidad de la crisis resulta innegable, y es indiferente que optemos por considerar a la “posmodernidad” como un paradigma nuevo, o como el último peldaño de la propia “modernidad”.

### 2.d.2. *Posmodernidad: su discurso*

Díaz señala que, en el discurso de la posmodernidad, sólo puede haber consensos locales o parciales, a los que denomina “universales acotados”, diversos juegos de lenguaje o paradigmas inconmensurables entre sí.

Al preguntarse cómo y cuándo se comenzaron a desencadenar estos cambios, propone que en el área de la *ciencia y la técnica* la conmoción se comienza a producir en la segunda mitad del siglo XIX y continúa hasta nuestros días. Este “paradigma” se manifestaría en la enunciación del segundo principio de la termodinámica (entropía), en la biología evolucionista, en las geometrías no euclidianas, en la teoría de la relatividad, en la mecánica cuántica, en los estudios astronómicos, en el desarrollo de las ciencias sociales, en la eclosión de la informática, en el despliegue de la biogenética y en la expansión de los medios masivos.

### 2.d.3. *Posmodernidad: su moral*

Pregona que, respecto de la *moral*, los cambios se habrían desencadenado a partir de la Segunda Guerra Mundial. Dice la autora que la modernidad, “preñada de utopías”, se dirigía hacia un mundo mejor; nuestra época —desencantada— se desembaraza de las utopías, reafirma el presente, rescata fragmentos del pasado y no se hace demasiadas ilusiones respecto del futuro<sup>(27)</sup>.

Afirma que, en política, la negación del pluralismo va perdiendo su poder de convicción, los ideales rígidos y excluyentes —ideologías duras— adolecen de fuerza seductora, y las teorías comienzan a regirse por un pensamiento “débil”, en el sentido de no fundamentalista. Aunque, paradójicamente, se asiste al recrudescimiento de algunos fundamentalismos, se impone una pluralidad de presencias. Una necesidad de “atmósfera de buen humor” se presenta como necesario y, como objetivos deseables, un fuerte hedonismo y éxito económico. El culto de la “libertad individual”<sup>(28)</sup> y el despliegue de la personalidad se refuerzan y se ubican en el centro mismo de las preocupa-

(27) *Idem*, p. 20.

(28) La libertad no suele estar entendida como poder de obrar o no obrar, radicado en la razón y en la voluntad, fuerza de crecimiento y maduración en la verdad y la bondad, al servicio del bien y la justicia, sino que frecuentemente se la vincula a lo que señalan como “autonomía”, esto es, “la posibilidad de expresión sin condicionamientos, sin ataduras, sin restricciones, de actuar por voluntad propia y de pensar sin límites. Evoca el campo deseado de la libertad”, y señalan como su opuesto al Estado, al que asocian con “las fronteras, los obstáculos, los constreñimientos, las imposiciones, la opresión. Es el ámbito temido de la represión” (THWAITES REY, Ma-

ciones. Este culto imbricado con el hedonismo, el consumismo y el rechazo a la autoridad apoyan la idea de que esta sociedad es el producto de la lógica del modernismo llevada a sus últimas consecuencias. Tomo estas ideas y desde allí construyo la crítica de los considerandos 7° y 26° de la “disidencia”.

Por su parte, señala que la “moral privada” conforma un variado calidoscopio ético, una pluralidad de valores, un alejarse del deber como imperativo absoluto kantiano, en donde se accede así a un universo de imperativos hipotéticos y de derechos, en los que cada sujeto debe comprometerse con su propia responsabilidad personal. Aclara que la muerte del deber no significa la ausencia de responsabilidad, sino nada más y nada menos que más soledad para la profunda y fundamental toma de decisiones cruciales. Y manifiesta que “después de tanto cambio, tanta tecnología y tanta crítica, volvemos —con nostalgia— la mirada a Grecia y, como Platón hace dos mil quinientos años, nos seguimos preguntando: ¿qué es la justicia?”<sup>(29)</sup>.

#### 2.d.4. Posmodernidad e “imaginario”

En el imaginario<sup>(30)</sup> de la modernidad, se daba por cierto que la razón única iluminaría la verdad en un sistema armónico. La verdad, a su vez, estaría garantizada por la autonomía<sup>(31)</sup>, la neutralidad y la independencia de los sujetos comprometidos en el hecho científico, unidad que se resquebraja en la cultura actual. El gran relato pierde credibilidad, y la irrupción de teorías sólidas en sí mismas, pero inconmensurables entre sí, no pueden ser legitimadas por un relato único como suponía la modernidad. El problema no pasa por encontrar un discurso abarcador, sino por encontrar equilibrio respecto de la tecnología, resaltando que la pertinencia propia de la técnica es la eficiencia. La ciencia no sólo necesita de esa eficiencia para sus aplicaciones, sino también para constatar la verdad de sus enunciados. Los relatos intentaban legitimar según una legalidad universal, mientras que la técnica legítima “de hecho”, mediante la eficiencia. La ciencia actual asiste a su propia metamorfosis, y a partir de teorías contemporáneas sobre termodinámica,

---

bel, *La autonomía como búsqueda, el Estado como contradicción*, Prometeo, Buenos Aires, 2004, p. 9).

(29) *Ibidem*, p. 24.

(30) “...Hablamos de imaginario cuando queremos hablar de algo ‘inventado’ —ya se trate de un invento absoluto (una historia imaginada de cabo a rabo), o de un deslizamiento, (...) de un desplazamiento de sentido, en el que unos símbolos ya disponibles están investidos con otras significaciones que las suyas ‘normales’ o canónicas (...) En los dos casos, se da por supuesto que lo imaginario se separa de lo real, ya sea que pretenda ponerse en su lugar (una mentira) o que no lo pretenda (una novela) (...) Es finalmente la capacidad elemental e irreductible de evocar una imagen...” (CASTORIADIS, Cornelius, *La institución imaginaria de la sociedad*, Tusquets Editores, Buenos Aires, 2010, p. 204. Relacionamos “imaginario” con “hegemonía” (cfr. nota 8).

(31) Conforme a lo dicho al referirnos a la libertad (nota 28), obsérvese que no únicamente la libertad se vincula a la “autonomía”, sino que también ésta configura los criterios de verdad, que se identifica con la voluntad individual, ilimitada.

cuántica y caos se patentiza que no es posible descartar, a su criterio, el azar y la irreversibilidad temporal entre los componentes de una organización. Afirma que es necesario considerar lo peculiar y no sólo lo universal para explicar los fenómenos. Así, no se estaría negando la objetividad, pero se la redefine. La posmodernidad impondría la coexistencia de estilos.

Al hacer referencia al “imaginario” en la disidencia, no abordaré su concepto, sino que lo doy por supuesto conforme a la presente explicación. Haré específica mención en los considerandos 8º, 21º y 25º.

#### 2.d.5. Posmodernidad: ética y política

En ética y en la política se multiplican los códigos. Se ablandan las ideologías duras. Por una parte, se desarrollan tolerancias, y por otra, se agudizan las intolerancias. Todo es llevado por la tumultuosa corriente de una historia y un destino que parecen no saber de teleologías y de perfección. La modernidad se preguntaba acerca de lo *necesario* (categórico), en cambio la posmodernidad se pregunta acerca de lo *conveniente* (hipotético)<sup>(32)</sup>. La pregunta de la modernidad, “qué debo hacer”, respondida categóricamente *actuar según el deber*, fue suplantada por la otra, “¿qué me conviene hacer?”, respondida por *actuar según lo que se desea obtener*. Sostiene que, además, el deber le dejó paso al derecho<sup>(33)</sup>, que cuando se tenían deberes, había que cumplirlos según valores consagrados por una racionalidad universal y que, cuando se alegan derechos, el sujeto debe ser *responsable* del uso que haga de ellos.

#### 2.d.6. Posmodernidad y “autonomía”

La posmodernidad repudia la retórica del deber austero y se reconoce defensora del derecho individual, accediendo al imperio de la autonomía<sup>(34)</sup>.

En esta exaltación de la autonomía como referente, “las morales” hoy se estarían presentando como polivalentes, multifacéticas, mudables, consensuales. Incrementarían la legitimidad de los derechos individuales y, correlativamente, corroerían el deber universal. La eticidad se juega en la seducción del espectáculo, e ilustrativamente, al mencionar los sentimientos de valores compartidos que inspiran los mundiales de fútbol, afirma que “el bien y el mal se definen por penal”<sup>(35)</sup>.

Haré una referencia crítica exhaustiva en el considerando 8º de la “disidencia”.

---

(32) Díaz trata el tema de la “posética” en el capítulo IV del libro, que utilizaremos para la descripción de este presunto “fenómeno” del posmodernismo.

(33) No se refiere aquí al “derecho” en sentido clásico como objeto de la justicia, sino como derecho subjetivo.

(34) En donde volvemos a derecho como derecho subjetivo, y a éste como autonomía. Así, se cierra el círculo, y libertad, verdad y derecho, se asimilan a la “autonomía” o voluntad individual ilimitada.

(35) Ob. cit., p. 75.

### 2.d.7. *Posmodernidad y derecho subjetivo.*

Cada vez se cree menos en utopías históricas, y si bien las democracias se desestabilizan por las costumbres posmoralistas, de hecho cada vez son menos cuestionadas en su fundamento último. Así, el mundo tendería a la democracia.

Entonces, en la sociedad posmoderna no se trataría de cumplir deberes, sino que, por el contrario, se tendrían derechos, aunque en el marco de “autonomía” ya señalado. Pero el que quiere disfrutar de sus derechos, afirma, debe ser responsable, y que “el sistema es tan exigente como el moderno, pero se lo maquilla de ‘derechos humanos’”. Concluye, citando a Lipovetsky, que “la moral de la autonomía y la expansión contribuye a generar ansiedad, surmenage y depresión. Parece que la autonomía individualista posmoderna se paga con desequilibrio emocional<sup>(36)</sup>”. Pero no se trata ya de la “envejecida y gruñona” moral kantiana del deber absoluto, sino de una ética divertida y seductora, una ética mediática. La ética de los derechos, de la responsabilidad y de los grandes éxitos económicos.

### 2.d.8. *Posmodernidad y Estado*

A la vez, al analizar al Estado, afirma que su “achique” posibilita (y tal vez estimula) la participación social, una participación que denomina identificatoria y seductora. El individualismo contemporáneo aísla a los seres y disuelve las redes tradicionales de solidaridad (estatales, religiosas, familiares), pero genera, al mismo tiempo, nuevas formas de interacción social. Manifiesta que la preocupación altruista es, precisamente, una respuesta a esa necesidad de participación y de integración comunitaria.

Las aproximaciones posmodernas ubican al Estado en una posición de garante de la “autonomía” individual, pero a la vez procuran ser muy celosos ante el posible avance de pulsiones autoritarias, kantianas, resabios de la modernidad paternalista.

### 2.d.9. *Posmodernidad y realidad*

El paradigma del mundo, como un gran texto que debe ser leído de manera lineal, siguiendo una cadena de causas y efectos, se desvanece en favor de la realidad como un hipertexto con varias entradas<sup>(37)</sup>. Actualmente, el

(36) *Idem*, p. 82, con cita de LIPOVETSKY, G., *El crepúsculo del deber*, pp. 269 y ss.

(37) “...Cuando se lee un libro (...) hay un argumento lineal, no se leen tres cuartos del libro, se vuelve para atrás y luego se salta para adelante. Es diferente con una computadora. El buscador te lleva a donde quieras. Aquellos de nosotros que crecimos sobre la base de una historia lineal sobre la que se apilaba otra historia lineal, ya tenemos en la cabeza una serie de narrativas que nos permiten construir un marco de referencia. Ese marco sirve para relacionar una cosa con la otra para dar un significado a lo que encontramos. (...) Si uno jamás hubiese tenido ese trayecto conceptual en la cabeza, ¿cómo saber qué es lo importante? Se va a elegir lo que es

mundo de los argumentos debe compartir espacios con las imágenes. Y la Corte, de manera directa pero sutil, irá creando una imagen mental en quien accede a su decisión. Irá conformando una imagen de: a) indignación por el hecho, b) empatía por la víctima de violación, c) cosificación, otredad y deshumanización del *nasciturus*, producto de la violación, d) arbitrariedad de la situación, e) equilibrio e igualdad de las víctimas de violación, f) necesidad de reparar el abuso, g) respeto por la víctima de abuso, h) obligatoriedad de la intervención rápida y segura, i) asepsia en la intervención igualitaria de todas las víctimas sin distinción de condición social, j) salud recuperada gracias a este accionar y k) alivio presunto ante la recuperación del *status quo* anterior. La “película” va rodando y las imágenes se van hilvanando en un relato con final feliz. La exposición anula, aniquila al eslabón más débil... y ni nos dimos cuenta. Y no nos lo contaron. Nos lo ocultaron deliberadamente.

Haré una breve referencia en el considerando 21º de la “disidencia”, pero la propia dinámica de la opinión impide afrontar el tema en detalle, puesto que es uno de los tópicos en el que el fallo y la disidencia van por caminos distintos, sin contacto y, por ende, su tratamiento hubiera sido forzado en ese contexto específico. La crítica, en consecuencia, se concentra en esta primera parte.

Continuando con “posmodernidad” y realidad, Díaz explica que la reflexión no puede, o no debe, prescindir de las realidades actuales. Nuestro presente ha generado una *episteme* polifacética. Los territorios de cada disciplina de estudios no están determinados de manera férrea. Los márgenes epistemológicos de las distintas ciencias se flexibilizan y sus *corpus* se hacen más complejos. Por otra parte, en la ética se asiste a una pluralidad de códigos. Existe una tendencia a prestar más atención al respeto por las diferencias y a la posibilidad de aceptar (al menos en teoría) las posturas ajenas por disímiles que sean de las propias. Sentencia, “hemos arribado al fin de las certidumbres”<sup>(38)</sup>, y la naturaleza y el ser humano exigen una comprensión, no ya como objetos de estudio, sino como sujetos de diálogo. Y si esto implica subjetividades que dialogan y “acuerdan” respecto de la “naturaleza” del ser humano, es evidente que ésta deja de ser tal y se transforma en una mera opinión, en una construcción instrumental que, como tal, podrá ser subordinada a los objetivos que se elijan.

---

mas lindo, lo mas brillante, de colores más fuertes, que es como te enseña a elegir la computadora por sí sola (...) Basta mirar a los chiquitos de hoy, que prácticamente manejan una computadora desde que nacen (...) son chicos acostumbrados a una pantalla que ¡pim! ¡pam! ¡pum!, los estimula todo el tiempo. Tocan botones y explotan ruidos y colores. Después entran al aula y los educadores pretenden que se queden en la silla, concentrados escuchando a la maestra. ¡Pero no tienen ninguna experiencia ni práctica en eso, están acostumbrados a que se les fomente una capacidad de atención limitada en su cerebro!...” (GREENFIELD, Susan, “Las personas se están volviendo asexuadas”, en LIBEDINSKY, Juana, “*English breakfast*. El pensamiento británico de hoy”, Biblos, Buenos Aires, 2006). Greenfield es la principal especialista inglesa en el estudio del cerebro y profesora de Farmacología en la Universidad de Oxford.

(38) Ob. cit., p. 91.

Por ejemplo, si el objetivo es la absolutización de la “autonomía” de la mujer, todo aquello que atente contra esa “autonomía” —que como pretensión subjetiva tiende al absoluto— puede ser deconstruido y reconstruido en un diálogo en el que se acuerde su nuevo *status*: el embrión, el feto y el bebé como entidades distintas<sup>(39)</sup>. Y desde el diálogo como generador de “consensos” en todos los temas, hay posturas que procuran editar el “consenso entrecruzado” de Rawls para las sociedades “democráticas”<sup>(40)</sup>.

Haré referencia al tema de la “autonomía”, como ya he dicho, principalmente en los considerandos 7º y 26º de la “disidencia”.

#### 2.d.10. Posmodernidad, ideología y hegemonía

Es que, en la “posmodernidad”, la superación de las ideologías implica una verdadera resignificación, a una pérdida de objetivación, y su adaptación a las diversas subjetividades, conformando un abanico de ideologías “a la carta”. Explico. Estamos ante tantos “marxismos” como autores se consideran sus partidarios, distintos “liberalismos” que se anuncian como los auténticos, y también ante un nuevo fenómeno de “autoritarismo” que invade todas las posiciones, individuales y colectivas, públicas y privadas. Estas posturas, lejos de presentarse en estado “puro”, se combinan, disfrazándose, adaptándose, relativizándose: “a la carta”<sup>(41)</sup>.

Pero el presentado relativismo esconde una realidad. Se presenta una “lucha” silenciosa, edulcorada, posmoderna, en donde las distintas ideologías y posiciones filosóficas procuran convertirse, en realidad, en hegemónicas o dominantes<sup>(42)</sup>. La “resignificación” aludida pretende mostrar una máscara de superación, pero esconde un rostro oculto de aniquilación.

#### 2.e. Gramscismo y posmodernidad

Es, a mi entender, la “izquierda hegeliana” la que ha hegemonizado la concepción “dialéctica” de *conflicto* —que luego desarrollaré— en el Estado

(39) Ver, por ejemplo, desde una óptica abortista, FAUNDES, Aníbal - BARZELATTO, José, “El significado de las palabras”, en *El drama del aborto. En busca de un consenso*, Paidós, Buenos Aires, 2011, pp. 47/64.

(40) “...Personas razonables tienen diferentes creencias y opiniones sobre lo que está bien y lo que está mal. En consecuencia la aceptación de un ‘pluralismo razonable’ parece ser un requisito en las sociedades democráticas. Por otra parte, la gente razonable con concepciones generales muy diferentes puede, no obstante, identificar y ampliar algunas ideas y valores comunes —lo que Rawls llama ‘consenso entrecruzado’ (*overlapping consensus*) sobre cuya base sería posible organizar las sociedades...” (FAUNDES - BARZELATTO, ob. cit., p. 231).

(41) Sospecho que hoy en día hay, incluso, religión y “catolicismo a la carta”.

(42) Esta pretensión hegemónica que tiende al “pensamiento único” se verifica, a mi entender, con sus particularidades en el fenómeno latinoamericano en general, y argentino actual en particular, del “populismo progresista”. Que desde el campo esencialmente político encarna y desarrolla al “conflicto” como sistema e impulsa el “conflictivismo” como imaginario jurídico; por supuesto que no es la única postura que lo hace.

liberal. Pero a diferencia de Hegel, para quien la mediación de la síntesis es —por un lado— abolir y superar, pero por el otro es también conservar, la izquierda toma sólo el aspecto revolucionario de la abolición y la superación; ya me referiré a este punto, *supra*.

En el contexto citado, resulta particularmente notable y atractiva la mutación e importancia que ha adquirido la visión que en el siglo xx hubiéramos denominado de “izquierda”, que a partir de las enseñanzas de Antonio Gramsci<sup>(43)</sup> realizan un trabajo realmente encomiable en aras de imponer la agenda de “lo que se piensa”, de “lo correcto”, del “bien y del mal”, de “lo sublime y de lo bello”, de la “moral” y del “derecho”.

Y es fundamentalmente por el último de los aspectos señalados que resulta de importancia conocer, aunque sea rudimentariamente, su visión; considero que no se trata de una digresión meramente intelectual, sino que es un presupuesto imprescindible para comprender el trasfondo del análisis, en este caso, de las visiones conflictivistas. Y para ello, resulta necesario retrotraernos a unas pocas ideas de Marx, para luego traer a colación las propias de Gramsci. El camino se torna árido, pero los frutos son refrescantes, ya que nos sitúan en la indisimulable realidad<sup>(44)</sup>.

Así, para Marx, las fuerzas y relaciones de la producción, es decir, la compleja organización de las condiciones materiales de la existencia, constituye —en la sociedad— la base, la **estructura** que condiciona todo lo demás: la política, el derecho, la moral, la familia, la religión, etc. Lo primero es la **estructura**, lo demás, la **superestructura**. Es decir, hay una estructura básica, relaciones económicas que van creando tal religión, tal moral, tal estado, tal sociedad, tal tipo de familia. Toda esa superestructura, es entendida como una construcción del hombre, no algo que brota de su naturaleza, sino como una creación desde las bases de la **estructura**.

Gramsci negó la relación causal entre base y **superestructura**, concediendo a esta última una importancia original y capital. Introdujo un nuevo elemento: la distinción entre sociedad civil y sociedad política.

La sociedad civil es el conjunto de los organismos denominados privados que detentan hegemonía doctrinal o intelectual sobre las clases subalternas.

---

(43) Antonio Gramsci nació en Cerdeña en 1891, fue elegido diputado en Italia en 1924 por el Partido Comunista Italiano. Fue detenido en 1926 acusado de incitación al odio de clases, entre otros cargos, y condenado a 20 años de prisión. Recluido en 1929 en la celda, comienza a escribir cuadernos. Murió enfermo en 1937. Gramsci no publicó ningún libro, y por las particularidades de su vida, su obra se hizo muy asistemática. Se lo considera el propulsor del eurocomunismo. Por eso mi aproximación para este punto es indirecta desde: SAENZ, Alfredo R. P., *Antonio Gramsci y la revolución cultural*, Corporación de Abogados Católicos, 1990, pp. 17/20, pp. 37/39, QUINTANA, Eduardo M., *El marxismo paradójico de Antonio Gramsci*, Librería Hue-mul, Buenos Aires, 1990, pp. 35/38, y directa de: GRAMSCI, Antonio, *Antología. Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, *passim*.

(44) Señalaré las referencias a “estructura” y “superestructura” con negrita; a algunas ideas o términos que estimé destacables, los indiqué con cursiva.



La sociedad civil es el *campo de batalla* donde se difunden y luchan las diversas ideologías, o mejor, las diversas cosmovisiones. Las organizaciones *triumfantes* en esta lucha ideológica en la sociedad, las que logran *apoderarse de la dirección intelectual* —es decir, lo que se piensa—, y de la dirección moral —es decir, lo que se valora— de la sociedad forman parte de la **superestructura**, y atraen hacia el grupo dirigente la adhesión de las clases subalternas. El *grupo dirigente se adueña de la estructura ideológica*, impone un mundo de ideas, creando y difundiendo, mediante los organismos que lo integran, una determinada concepción del mundo en el pueblo, en la sociedad. Tales organismos son la escuela, la Iglesia, los llamados medios de comunicación social, etc. Entonces, resumiendo, la sociedad civil sería el conjunto de organismos que crean un modo de pensar en el pueblo, que tiene, por tanto, *hegemonía intelectual* sobre la sociedad, crean un sentido común, el sentir común de la gente. Eso sería la sociedad civil que, según Gramsci, pertenece al ámbito de la **superestructura**.

Y la sociedad política es el conjunto de organismos, de la **estructura** también, que ejercen una función coercitiva y de dominio directo en el campo jurídico (civil y penal), político y militar.

Hace una distinción entre *hegemonía y dominio*. La *hegemonía* es lo propio de la sociedad civil; el *dominio*, lo propio de la sociedad política, que tiene las armas, la policía, los tribunales, todo lo que es coacción. *La hegemonía y el dominio son los dos brazos que controlan una sociedad determinada*.

Sociedad civil y sociedad política suelen ser normalmente solidarias. *Las crisis sobrevienen cuando la sociedad civil se distancia de la sociedad política cuando hegemonía y dominio se enfrentan*.

Para Gramsci, **superestructura** es la interdependencia recíproca de la sociedad civil y de la sociedad política. En la esfera de la **superestructura** se mueven pues la organización religiosa, el ordenamiento jurídico, las formas artísticas, las organizaciones científicas, la literatura, el folklore, las expresiones del sentido común. El orden intelectual y el orden moral, afirma Gramsci, tal es el marco en que se mueve la sociedad civil. La sociedad política proporciona el arma para defender eso, pone la coacción, la coacción frente a los grupos que resisten la docencia de la sociedad hegemónica.

Gramsci está convencido de que no hay revolución duradera sin una previa toma de conciencia, y que ésta se origina y desenvuelve en el ámbito de la **superestructura**. Por eso la importancia que, a diferencia de Marx, le atribuye a esta última. No es cambiando las relaciones económicas como, afirma, vamos a hacer la revolución, sino *cambiando la superestructura, es decir, creando ante todo una nueva hegemonía que transforme la sociedad; luego vendrá la conquista del Estado*, pero ésta deberá pasar por la transformación de la sociedad civil en la que el Estado se apoya. Por eso le preocupará, por sobre todo, “las condiciones intelectuales de la revolución”.



Gramsci resaltó la función revolucionaria de la ideología: “Esto es lo que hay que crear, pues, *una nueva ideología*”, sentenció.

A partir de este hito, Gramsci afirma que hay que *apuntar ante todo a la clase hegemónica*, a la clase intelectual, a la clase que es conductora y dominante *para que empiece a perder la hegemonía y pase a ser solo dominante*. Es decir que no tenga ya el control sereno de las ideas, sino que se vaya haciendo solamente dominante, de pura coerción, exclusivamente policial o judicial. Para ello hay que tratar de despojarla de su prestigio espiritual desmitificando los elementos de su cosmovisión mediante una crítica continua y corrosiva. Esta crítica debe sembrar la duda, el escepticismo y el desprestigio moral en relación a quienes dirigen. Debe destruir sus creencias y sus instituciones y debe corromper su moralidad. Como bien dice Del Noce, “la así llamada evolución democrática del comunismo consiste en el paso del terror físico a la marginación moral”.

Y luego debe seguirse la implantación de la nueva cosmovisión, el ulterior montaje. El socavamiento de las instituciones que integran la sociedad civil prepara un vaciamiento de ideas. Pero cuidado, dice Gramsci, con dejar a la sociedad sin ideas, no vaya a ser que aparezca un “dictador”; inmediatamente el vacío habrá de ser llenado por los hombres de la nueva fe, de la fe en la mística de la revolución.

Cultura, política y economía se funden en una sola praxis superando la visión economicista del marxismo más difundido. Como corolario de esta interpretación de las **superestructuras**, cabe apuntar que el término “**estructura**”, concepto cardinal de todo marxista, sufre también en la obra madura de Gramsci una modificación sustancial, pues por lo general significa “relaciones y fuerza de producción”. Gramsci la concibe como “el conjunto de las relaciones sociales”, ampliando considerablemente el radio de acción.

Para Gramsci el Estado desempeña una función ética, fundamentalmente en el orden pedagógico y cultural, tesis que se compagina escasamente con la desaparición del Estado proclamado por el marxismo. Sostiene que lo más concreto y sensato que se puede decir a propósito del Estado ético y de la cultura es que cada Estado es ético en cuanto una de sus funciones más importantes es la de elevar a la gran masa de la población a un determinado nivel cultural y moral. La escuela, como función educativa positiva, y los tribunales, como función educativa represiva y negativa, son las actividades estatales más importantes en este sentido.

Tengo la intuición de que algunos de los aspectos señalados del gramscismo pueden detectarse en esta “evolución” en la lucha ideológica que se plantea en el siglo XXI y en las raíces del conflictivismo como paradigma en pugna, ya sea que sus agencias y aplicadores sean conscientes de ello, o no. La maquinaria políticamente derrotada, a fines del siglo XX, mutó y eligió un nuevo, como dice Gramsci, “campo de batalla” en el que se siente cómodo, dominante y en expansión hacia una posición hegemónica y dominante.

En este “campo de batalla” —según términos gramscistas— planteado en la “guerra de absolutos” —según términos liberales—, el gramscismo se presenta como un instrumento formal y material contundente para implantar la semilla del “conflictivismo” en el permeable Estado liberal y lograr así la hegemonía en la sociedad civil y el dominio de la sociedad política. Sin prisa, pero sin pausa, la superestructura queda asimilada, la estructura se ve aislada como pulsión de violencia irracional y terminará por ser fagocitada. El Estado constitucional de derecho, muta hacia un Estado posmoderno de derecho, en el que se desarrolla la lucha silenciosa.

## 2.f. Posmodernidad y derecho

Me animo a afirmar, en una apretadísima síntesis ejemplificativa, que en la posmodernidad, el positivismo —adscripto a concepciones del Estado de derecho legal<sup>(45)</sup>— se encuentra presente pero en franca retirada, el iusnaturalismo se encuentra en una fresca y a veces eufórica reaparición —tanto desde posturas más clásicas<sup>(46)</sup> como desde ópticas más renovadas<sup>(47)</sup> aunque no hegemónicas desde el Estado constitucional de derecho, y las posturas críticas puján con gramscista eficacia por conformar el imaginario superestructural jurídico de este nuevo milenio, por ejemplo, desde posturas denominadas “conflictivistas”<sup>(48)</sup>.

---

(45) Positivismo decimonónico, positivismo normativista —Kelsen—, y Herbert Hart, sólo por citar ejemplos.

(46) Michel Villey, por ejemplo.

(47) John Finnis, pero también desde el “*ius no positivismo*” Robert Alexy y Ronald Dworkin, por ejemplo.

(48) Uno de los abanderados actuales de las posturas denominadas *conflictivistas* es el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni quien sostiene que el “...viejo liberalismo (contractualismo) penal (...) contiene en germen el autoritarismo (...) cualquier legitimación parcial del poder punitivo es engañosa, porque siempre argumenta de modo reversible (se vuelve en contra). (...) Cuando afirmamos que no es posible legitimar una parte del poder punitivo, porque esa legitimación contamina todo el discurso y acaba por legitimar cualquier extensión de aquel poder, estamos criticando el error de los padres liberales del derecho penal contemporáneo, esto es, de los llamados clásicos, y en cierta medida del neogarantismo contemporáneo...”. Luego de afirmar esto, cataloga a su pensamiento jurídico como auténticamente liberal y al legitimador del poder punitivo como autoritario, y así distingue afirmando que “...Esto se produce porque el derecho penal liberal y el autoritario constituyen dos direcciones discursivas incompatibles, puesto que: (a) el derecho penal liberal trata de reducir el poder punitivo; el autoritario trata de ampliarlo; (b) el liberal procura aumentar el poder de las agencias jurídicas para acrecentar su capacidad de decisión reductora; el autoritario intenta ampliar el poder de las agencias no jurídicas; (c) el primero refuerza los componentes limitadores del estado de derecho; el segundo refuerza las pulsiones del estado de policía que pugnan por neutralizar los anteriores; (d) el primero tutela los bienes jurídicos de todos los habitantes; el segundo reconoce un único bien jurídico, que es el poder del gobernante; (e) el primero acota toda la tendencia verticalizante (jerárquica y corporativa) de la sociedad y permite la subsistencia de vínculos horizontales (comunitarios); el segundo procura destruir los vínculos horizontales (comunitarios) y

Es en esta realidad que la clásica concepción de “soberanía fuerte” del Estado de derecho legal —que estalló en la Segunda Guerra Mundial y que había desarrollado y coronado la idea que al respecto había consagrado Jean Bodin<sup>(49)</sup>— parece perder su razón de ser, su necesidad y su fundamento con el paso a un concepto “débil” de soberanía que sería el propio del Estado constitucional de derecho modelado por la Europa de la posguerra mundial. Ya volveré sobre este punto.

Para ir develando las respuestas a las preguntas, continúo con el análisis del desarrollo del fallo “F. A. L.”

### 3. Una “hermenéutica” internacional (considerandos 9 a 14)

#### 3.a. La Corte afirma: art. 86.2 del Código Penal, interpretación “amplia”

La Corte entiende que la interpretación del art. 86, 2º, del Código Penal no debe ser, tal como venía haciéndose, de carácter “restrictivo”, sino que corresponde hacer la interpretación “amplia”, lo que significa que el “permiso” de aborto no debe restringirse a las mujeres “idiotas o dementes” sino a toda mujer víctima de violación, tenga o no el carácter citado.

Por el contrario, en la “disidencia”, propugnaré la obligatoriedad de la interpretación “restrictiva” del art. 86.2 del Código Penal, en especial en los considerandos 11º, 20º, 21º y 22º.

#### 3.b. La Corte afirma: el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional se limita a cuestiones de seguridad social.

Y en este contexto, he de señalar que el descarte hermenéutico constitucional que realiza la Corte en el considerando 9 cuando afirma que del art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional: “...resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente...” me parece una posición extrema; de hecho, estimo que el término “imposible” que fuera utilizado no se condice con el desarrollo progresivo de los derechos humanos, así como de esa dinámica de la que se ha hecho gala en no pocas de las decisiones de la Corte.

A partir de la posibilidad real, ya ensayada por la Corte, de disponer de un campo verdaderamente amplio para dictar su fallo, impresiona negativa-

---

verticalizar corporativamente la sociedad. *Por todo ello, en cuanto el derecho penal liberal pretende adoptar algún elemento del segundo, queda totalmente contaminado y neutraliza su función contentora; a éstos obedece el fracaso de todas las tentativas de combinación ensayadas y, particularmente, las del viejo liberalismo penal racionalista...* (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005 pp. 61 y ss.)

(49) Jean BODIN en “Los seis libros de la República” (1576) define a la “soberanía” como “el poder absoluto y perpetuo de una República”; Jean Rousseau desarrollará la idea de “soberanía popular” y el Abate Sieyès desarrolla el de “soberanía nacional”.

mente la estrechez de miras que caracteriza su aproximación al inc. 23 del art. 75 de la Constitución Nacional.

En la “disidencia”, señalo las diversas alternativas que la Corte Suprema ha adoptado en distintos casos desde la mirada de una “Constitución viva”, desde donde ha dictado sentencias normogenéticas, manipulativas aditivas y sustractivas, detalle que analizo en el considerando 10°.

### 3.c. *La Corte y la Declaración de los Derechos del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

La Corte ingresa, luego, de lleno en el derecho internacional. Sostiene el bloque mayoritario (considerando 10) que de las previsiones establecidas en el art. 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del art. 86, inc. 2°, del Código Penal. Y aclaran que ello, por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación, para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos, y citan CIDH, Informe 23/81, “Baby Boy” y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos.

En la “disidencia” abordaré una mirada distinta de la de la Corte, asumiré una postura que considero más racional y tuitiva de los derechos de la persona humana y señalaré detalladamente la historia, conflictos y errónea solución del caso “Baby Boy” al que alude el Informe 23/81 referido. Lo haré a partir de los considerandos 12° y 13°.

### 3.d. *El caso “Baby Boy”.*

Los conflictos y la solución estimada como equivocada no resultan anecdóticos. Renacen con una importancia práctica fundamental desde que la CIDH decidió no adoptar una redacción que estableciera como principio único el de la existencia de la vida desde la concepción<sup>(50)</sup>.

Así, puesto que la Corte se aferró a ello para señalar un punto nuclear en su decisión: “...con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, no puede (...)

---

(50) Aún recuerdo la visita que realicé en 1998 a la sede de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York. Luego de recorrer sus imponentes salones, con los mapas en los que las mayores —aunque no todas— violaciones a los derechos humanos se encuentran señaladas, así como los países que cometen dichas violaciones, pregunté a la guía desde qué momento las Naciones Unidas consideraban que había persona. Ello puesto que no había visto que en ningún lado se hiciera referencia a la muerte de las personas ya concebidas y por nacer. En tal punto la guía me pidió que aguardara al final de su explicación. Terminó, despidió a todos y me pidió que la acompañara. Me introdujo en una habitación llena de folletos y me señaló un rincón y me dijo: “acá están planteadas todas las posturas que hay sobre el tema”.

darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que (...) la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste”.

A mi entender, dicha afirmación constituye una aberración de magnitud y consecuencias colosales. Implica establecer la categoría de “subhumano” con una protección *esencial* disminuida, acotada, inferior, deshumanizada, cosificada.

Ello desconociendo que la República Argentina asentó, en el tiempo, un sistema completo de principios que conforman una verdadera “visión argentina” de protección integral de la persona humana inocente con proyección internacional. Un “estándar mínimo”, en idea de Gattinoni de Mujía, de derechos fundamentales, inderogables, que no pueden ser supeditados por ningún motivo y que todo sujeto de derecho internacional debe respetar, incluso al margen de cualquier obligación convencional; y resalta la regla de *non concedit venire contra factum proprium* conocida también como *estoppel*.

Trataré los puntos en los considerandos 10° y 13° de la “disidencia”.

La Corte Suprema no estimó pertinente asentar cuál es la situación jurídica real para aquellas personas que se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico internacional —en el contexto señalado— y constitucional en la Argentina.

El Tribunal adopta la misma tesitura que su homóloga de los Estados Unidos en el fallo “Roe v. Wade” ya referido: “Establecido el fundamento constitucional de su decisión, la sentencia evade analizar si existe persona humana en el embrión, diciendo que la Constitución sólo protege a las personas que han nacido, pues no existe protección constitucional para el feto y sostiene asimismo que no es tarea de la justicia resolver en qué momento se produce el comienzo de la vida humana, especialmente cuando los expertos de todas las disciplinas no se han puesto de acuerdo en este punto...”<sup>(51)</sup>.

Pero a diferencia de su homóloga de los Estados Unidos, la Corte Suprema de la República Argentina no se encuentra ante tal “vacío”, puesto que el comienzo de la vida fue claramente establecido en la fecundación, tal como se afirmó de forma contundente en el fallo “Portal de Belén” (Fallos 325:292). La Corte argentina tiene antecedentes específicos sobre el tema, se ha establecido una efectiva protección constitucional para el feto, se ha establecido el comienzo preciso de la vida, se han citado obras de expertos sobre la materia, y sin embargo, llega a una conclusión mucho más radical que la de los Estados Unidos, más profunda desde sus presupuestos. Desde ya que nunca toca el tema de la concepción y es allí y a partir de esa omisión que establece la categoría de *untermenschen*. Ya me referiré a ella.

---

(51) BIANCHI, Alberto B., *idem*, pp. 66/67 con sus citas en idioma original.

Los principios establecidos en el fallo “Portal de Belén” serán traídos a colación en el considerando 16° de la disidencia para afirmar el momento del comienzo de la vida de la persona humana y la consecuente obligación de respetar el “estándar mínimo” de derechos humanos.

### *3.e. La Declaración Universal de Derechos Humanos*

En el considerando 11, la Corte continúa sorteando derechos humanos para la persona humana concebida y no nacida. En este caso lo hace en relación a los arts. 3° y 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, respectivamente.

Descarta que pueda primar la tesis restrictiva sobre los casos de aborto no punible del art. 86, inc. 2°, del Código Penal, y lo hace invocando el art. 1° de la Declaración (la cita entre paréntesis) y razona que por los “claros términos” en que está formulado el enunciado del art. 1° resulta “imposible” concluir en la aplicabilidad restrictiva.

Enunciaré las normas, cosa que no hace la Corte, y en el considerando 14° de la disidencia arribaré a la conclusión contraria a la del Tribunal.

### *3.f. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención de los Derechos del Niño*

La Corte también descarta (considerando 12) que la tesis del recurrente encuentre cabida en el art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Su argumento es que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación, y ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal (observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/3/2010).

La consecuencia sería la obligatoriedad de la interpretación amplia del artículo.

En el considerando 15° de la “disidencia” analizo la posición de la Corte en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, fundamentalmente, lo inadecuado de construir el orden jurídico desde las “preocupaciones” que un Comité de Naciones Unidas expresa en relación a la legislación nacional.

Resalto que la República Argentina ratificó los tratados internacionales con las reservas y declaraciones interpretativas derivadas del acto complejo y democrático que significa la aprobación de un tratado, que se traduce en un

entendimiento del tratado, o convención, desde las garantías constitucionales del propio Estado y que conforman las “condiciones de su vigencia”.

Desde ese punto, afirmo que no solo no es “imposible” realizar una declaración restringida del art. 86, segundo párrafo, sino que es la única viable y obligatoria.

La Corte renueva su excentricidad interpretativa en relación a la Convención sobre los Derechos del Niño (considerando 13) y también cita la “preocupación” expresada, paradójicamente, por el Comité de los Derechos del Niño respecto de la legislación argentina.

Ya en esta instancia, las referencias a las “preocupaciones” de los Comités de Naciones Unidas por la protección de la vida humana desde la concepción se tornan exasperantes, y señalo lo inadecuado que resulta esta suerte de nuevo edificio jurídico de índole “preocupacional” que señalan los Comités de Naciones Unidas y que sustituiría al propiamente “constitucional” tuitivo de los derechos de la persona humana inocente. Adopto una posición y señalo que nuestro ordenamiento jurídico está obligado a impedir que dicho paradigma se desarrolle.

Señalo la posibilidad de que las Naciones Unidas estén incurriendo en un crimen de lesa humanidad que denomino “innocidio”<sup>(52)</sup>, esto es, “matar al más inocente”, personas humanas protegidas por el ordenamiento jurídico argentino desde su concepción; ello puesto que a partir de sus recomendaciones pasan a ser víctimas y aniquiladas<sup>(53)</sup>.

---

(52) Término conformado por *innocentissimum* que significa “el más inocente” en latín y *cidio* que proviene del verbo latino *caedere* que significa matar; así, hasta que se encuentre un término más ajustado, desde el punto de vista del derecho estaríamos ante el crimen de “matar al más inocente”. De ahí la importancia de dejar la doble “n” ya que con una sola “n” el término sería inocente, no el más inocente; *innocentscidio* se presentaría como más apropiado, pero demasiado complicado.

(53) El Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha invitado, entre otros países, a Chile a revisar las leyes relativas al aborto con miras a suprimir las disposiciones punitivas (CEDAW/C/CHI/CO/4 §§ 19 y 20); a Paraguay a derogar el delito de aborto (A/51/38, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Fifteenth session, § 131), a Azerbaijan a implementar planes de planificación familiar para eliminar los riesgos de “abortos inseguros” (A/53/38/Rev. I, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Eighteenth and Nineteenth sessions, § 73), a Croacia manifestándole su preocupación debido a que en sus hospitales los médicos se niegan a practicar abortos por oponer razones de conciencia y ha instado al Estado a garantizar el pleno acceso al aborto en esos hospitales (A/53/38/Rev. I, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Eighteenth and Nineteenth sessions, §§ 109 y 117). En el mismo sentido ha instado a Zimbabwe, República Dominicana, México y Panamá (A/51/38, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Fifteenth session, §§ 159, 349, 408 y 199). En igual sentido, ha recomendado a Luxemburgo que se ocupe de liberalizar aún más su ley de aborto (A/55/38, United Nations Report of the Committee on the



#### 4. Eugenesia, igualdad y discriminación (considerandos 15 y 16)

La Corte aborda (considerando 15) los principios de igualdad y prohibición de toda forma de discriminación como ejes del orden jurídico constitucional argentino e internacional. No tiene en consideración la igualdad y prohibición de toda forma de discriminación de los niños y niñas concebidos y que se encuentran en el seno materno. No se hace ninguna referencia a esa persona humana.

Señalo que de esa forma se inicia la aniquilación de la persona por nacer desde lo discursivo, desde los presupuestos. Ese *untermensch*<sup>(54)</sup> ya no existe ni para el derecho ni para el discurso, y el razonamiento de la Corte parte de ese presupuesto y trata los temas de igualdad y discriminación, únicamente respecto de la víctima de violación.

La Corte sostiene que autorizar a abortar sólo a los supuestos de los embarazos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación. Y concluye que por no corresponder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida.

En los considerandos 13º y 21º de la “disidencia”, cuestiono la supresión, la mutación de excepción a regla y el apartamiento de la intención del legislador cuando, desde una postura estrictamente historicista, estableció dicha excepción. La excepción, el perdón por cometer el aborto, rige para evitar la reproducción de “idiotas o dementes”, y para ningún otro caso, en el art. 86, 2º párrafo, del Código Penal.

En el considerando 24º analizo lo incorrecto que resulta incluir el caso de aborto como parte de una atención “médica” integral a toda víctima de vio-

---

Elimination of Discrimination against Women, Twenty-second session, § 406), entre muchos casos, conforme detalle de GATTINONI DE MUJÍA, María, “La responsabilidad del Estado Argentino en la tutela efectiva de la vida. Un análisis de su control jurisdiccional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Secretaría General de la OEA, Jornadas de Derecho Internacional realizadas entre la Organización de Estados Americanos, la Cancillería Argentina y la Universidad Austral en Buenos Aires, 2006, Washington, USA, 2006, pp. 307-309.

(54) “Subhumano” en alemán. Término utilizado en la Alemania Nazi para identificar a aquellas razas, o grupos, que se consideraban inferiores a la raza aria germánica. Tal calificación traía consecuencias jurídicas. Por ejemplo, en el tema que nos compete, para las personas de raza aria alemana, el aborto era un crimen, mientras que para los judíos y otras etnias no estaba prohibido en absoluto e incluso se incentivaba. Hay que hacerse cargo de las consecuencias de la “gradación” del carácter de persona humana y de sus eventuales o posibles consecuencias. La historia del siglo xx nos ha dado una lección que no debemos olvidar. Utilizamos el término alemán ya que es conocido mundialmente, tal como sucede con el término “desaparecido” en castellano, de también triste antecedente, en este caso, de índole nacional. Por las consecuencias jurídicas que acarrea sobre la persona calificada de tal, estimo que puede ser asimilado para la presente crítica.



lación. En particular señalo lo desacertado que es intentar ponderar y mensurar vidas humanas y llevar el tema a una cuestión estrictamente privada y sanitaria.

### 5. Legalidad, *pro homine* y derecho penal (considerandos 17 y 18)

Insiste la mayoría (considerando 17) en que los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo. El *nasciturus* dejó de ser sujeto de derecho, dejó de ser objeto de derecho, es una “variable” inexistente en todo el razonamiento. Por eso sostengo que la aniquilación física del bebé tiene su origen en su aniquilamiento discursivo.

La Corte Suprema cita aquí el principio de *ultima ratio* del derecho penal y a “...privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...”, con cita de fallos de la Corte. Y con un carácter transitivo, que intuyo es inexacto en cuanto al razonamiento, concluye que “...Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario —que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental— amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica...”

En el considerando 22° de la “disidencia” analizo esta posición, señalo su carácter falaz e indico sus peligros.

Por un lado, luego de su análisis histórico y de su fundamento y objeto, establezco los límites y alcances reales del art. 86, 2°, del Código Penal, y su condición de “perdón”, “excusa absolutoria” o “cláusula de no punibilidad”. Por el otro, indico que el aborto perdonado no puede ser nunca ser entendido como un derecho. Por último, señalo lo cerca que se queda de la despenalización total del aborto.

### 6. Autorización judicial (considerandos 19, 22 y 23)

La Corte da por “demostrado” que el art. 86, inc. 2°, debe interpretarse con un alcance amplio (considerando 19) y arremete contra una práctica *contra legem*, “innecesaria e ilegal”, cuestionable porque “obliga a la víctima a exponer su vida privada”. Pues bien, el estimarse comprendido un caso, en una excepción penal que permite aniquilar una vida humana, parece un tema de una entidad suficiente para exponer algún aspecto de la vida privada. El “precio” parece necesario<sup>(55)</sup>. Es más, desde lo jurídico se presenta como obligatorio.

---

(55) Excepto que se considere al *nasciturus* subhumano, como hemos dicho, o un órgano parte de la madre y no distinto de ella. Por ejemplo “...Hay que diferenciar claramente la vida de la persona. No siempre que digo que hay vida quiere

Ya el discurso pasa sólo a hablar de derecho a la salud de la solicitante y al derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras<sup>(56)</sup>. Los eufemismos se abstienen de nombrar al ya molesto y degenerado *nasciturus*.

Se refieren a la práctica *contra legem* de los profesionales de la salud, convalidada por los operadores de los poderes judiciales provinciales y nacionales. La supuesta abominación de los médicos y jueces consistiría en exigir requisitos donde la ley nada reclama, encarnada en una autorización judicial para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación. La falta de autorización adquiriría características “intolerables” a la luz de las garantías y preceptos, según la Corte.

Vamos a suponer que la víctima formule la denuncia penal. Si lo hace, deberá exponer su vida privada para que su testimonio sea considerado como prueba o indicio susceptible de traer consecuencias jurídicas para el denunciado. Siempre que se busque una consecuencia jurídica se exige la exposición clara y concisa de la pretensión y el motivo por el que se considera que, el caso, queda incluido en las excepciones; se trata de un requisito mínimo y básico. Las excepciones no se presuponen, se demuestran, excepto que sean verificables a simple vista. Y es por eso que se quiere quitar del medio el campo jurídico, para perimetrarlo, exclusivamente, en un ámbito médico, “de salud”.

Es por eso que en el considerando 22 arremeten contra los profesionales de la salud y judiciales que analizan la pertinencia del requerimiento de aborto. La Corte amenaza a médicos y jueces a que, si la embarazada y su médico piden efectivamente realizar el procedimiento, deben cumplir con sus obligaciones profesionales de curar, y los médicos deben realizar la práctica sin intervención judicial de ninguna índole.

---

decir que hay una persona. En mi dedo puedo decir que hay vida, pero si se me desprende el dedo no puedo decir que es una persona. Mi dedo no existe sin mí. El Código Civil, que es tan invocado, dice que hay vida desde el momento de la concepción, pero también precisa que todos los derechos que se puedan adquirir están sujetos al nacimiento. Lo dice textualmente en el art. 70. Esto significa que el feto, si nace con vida tiene derechos, si no, es como si no hubiera existido. Entonces, no es lo mismo que una persona...” (CARBAJAL, Mariana, “Entrevista a Nelly Minyersky” —Profesora Consulta de la UBA—, en *El aborto en debate*, Paidós, Buenos Aires, 2009, p. 76).

(56) “Aborto seguro” y “aborto inseguro” son dos expresiones de uso frecuente, sobre todo en los documentos internacionales. La OMS define el aborto inseguro como “un procedimiento para poner fin a un embarazo no deseado, sea realizado por personas que carecen de las aptitudes necesarias o en un ámbito en el que no se cumplen los mínimos criterios médicos, o con la concurrencia de ambas circunstancias” (WHO, 1992). En contraste, “un aborto médico o quirúrgico llevado a cabo por un profesional capacitado con los medios necesarios y en un ámbito médico adecuado se considera seguro, porque implica un riesgo extremadamente bajo para la mujer...” (BARZELATTO - FAÚNDES, “El significado de las palabras”, en *El drama del aborto*, ya citado, p. 57).

En el considerando 23 el Máximo Tribunal es más contundente y afirma que la interferencia judicial, “cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales”, al interponer un vallado y entorpecer una “concreta situación de emergencia sanitaria”, “...cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el art. 86, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido...”

Para cerrar este tema la Corte resalta su *imperium* como intérprete último de la Constitución y de la leyes y despeja cualquier duda en los profesionales de la salud: para los supuestos de abortos del inc. 2º del art. 86 del Código Penal no se debe solicitar autorización judicial.

Y “descartada la persecución penal” a los médicos por sus prácticas “en materia de salud”, la insistencia en la consulta judicial constituye una “...barrera de acceso a la salud...” y —la Corte muestra su espada, advierte y amenaza— “...debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar...”

Por el contrario, en el considerando 28º de la “disidencia” señalo, en contra de mi parecer personal, pero creo que subsistente como herramienta necesaria para salvar vidas, en tanto el art. 86, 2º párrafo, del Código Penal, siga vigente como norma disculpante, la necesidad del *test* médico y derecho de consulta.

Establezco, de acuerdo con la postura del Dr. Carlos Mahiques, cuatro requisitos como necesarios: 1) la existencia de una violación de una mujer idiota o demente; 2) que exista un embarazo como consecuencia de la violación de la mujer idiota o demente; 3) que exista una denuncia penal contra el presunto perpetrador del delito; 4) cierto nivel de afectación a la salud física o mental de la embarazada.

Señalo la conveniencia de la aceptación pretoriana del derecho de consulta por parte de los profesionales y de la objeción de conciencia para la eventual práctica del aborto.

## **7. Derecho constitucional (considerandos 20, 21 y 24)**

En el considerando 20, la Corte cita el art. 19 de la Constitución Nacional, en particular “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” para su razonamiento.

Y a partir de dicha “manda” constitucional (considerando 21) afirma que es que debe interpretarse la letra del art. 86, inc. 2º, del Código Penal, y estiman que, por dicha razón, “quien se encuentra en las condiciones allí descritas” no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como

tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo, ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible.

El párrafo precedente es el considerando 21 completo. Ya está. Un asunto tan delicado como la vida humana, partiendo de la base de la excepción como válida, amerita —dentro de esa lógica— una regulación. La Corte no puede asumir la irresponsabilidad de dejar a la excepción como norma en blanco y menos aún como derecho subjetivo indeterminado.

Pero el peligro, aunque parezca irreal, no se “limita” al cheque en blanco. Abre ya un paraguas de interpretación sobre el inc. 1º del art. 86, tal como lo sostuvo la Defensoría General al intervenir en el caso ante la Corte, en donde el aborto es no punible, “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”.

Entiendo que la interpretación que la Corte va desarrollando, constituye un relato secuencial de afirmaciones, que se transforman en presupuestos tal como ya referí. Parece una cebolla cuyas capas, a medida que vamos profundizando, nos hacen llorar cada vez más. Es que esa lógica permite afirmar que el término “salud”, del primer inciso, también debe ser interpretado en términos amplios, susceptible de incluir, en dicho concepto, el bienestar mental y aun social<sup>(57)</sup>.

Este principio de reserva constitucional del art. 19, tal como la Corte lo presenta, llevaría a entender que si cualquiera de esos aspectos se verifica, en sentido amplio, el aborto no es punible. Perdón, no si se verifica, sino si lo afirma la madre con una simple declaración jurada. Ante la angustia de la madre por el embarazo, o su pobreza extrema, o su problema psicológico, ¿qué otra solución podría presentarse que no torne al “derecho operativo de interrumpir el embarazo” en una ficción? Estamos a un paso. Estamos a un paso de despenalizar cualquier aborto, todos los abortos. Recordemos que nunca se hizo mención de la persona humana en el vientre materno a excepción de sostener que nunca se intentó proteger al *nasciturus* de la misma forma que a una persona nacida.

Luego, en el considerando 24, la Corte asienta que el aborto no punible es el practicado por “un” médico, por lo que no se puede exigir más de un profesional, ni una comisión, ni un grupo ni nada parecido..., “un médico”. Y afirma que las “prácticas” de solicitud de consultas conspiran contra los de-

---

(57) Lo afirmado, si bien lo parece, no es una exageración. “...La OMS ha conformado su concepción de ‘salud’ en términos amplios, susceptibles de incluir el bienestar material y social” (COOK, Rebeca J. - ORTEGA ORTIZ, Adriana - ROMANS, Sarah - ROSS, Lori E., “Consideraciones éticas y legales en salud reproductiva: La salud mental de la mujer como indicación para el aborto legal”, en *Aborto y justicia reproductiva*, ya citado, p. 354).

rechos de quien ha sido víctima de una violación con el riesgo de una prohibición implícita “—y por tanto *contra legem*—” del aborto autorizado.

Y aquí sí trae a colación la probable responsabilidad internacional del Estado por contravenir la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer —en su art. 7º— y afirma que la solicitud de consulta se trata en sí de un acto de “violencia institucional” en los términos de los arts. 3º y 6º de la ley 26.485.

Desde la “disidencia”, fundamentalmente considerandos 24º y 28º, propongo un camino distinto, tal como fue señalado en el punto precedente.

### 8. Estado “garantista” y lenguaje jurídico posmoderno (considerando 25)

En el considerando 25, la Corte afirma que al autorizarse el aborto, el Estado, como garante de la administración de salud pública, tiene la obligación de poner a disposición las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, puesto que las demoras pueden redundar en riesgos para la embarazada. Y accesible y segura, porque no deben haber obstáculos. Y citan la “Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas”, desarrollada en junio de 1999.

A esta altura del fallo, todo es posible. Ya las fuentes de nuestro derecho constitucional se han transformado y subordinado a trabajos y “preocupaciones” de grupos enquistados en las Naciones Unidas que constituirían las “condiciones de vigencia” del derecho internacional y que resultan aptas para aniquilar a personas inocentes en situación de paz.

Las posiciones más radicales del “prohibicionismo” farrelean traerían a colación que ya en Europa, durante 1940 y 1941, se había autorizado a liquidar a todos los “portadores de una vida que no merecía ser vivida.” En situación de guerra se trataba de paliar la demanda de camas, médicos y enfermeros. En razón de ello, el jefe de Estado de Alemania “convocó a médicos, juristas y responsables políticos (...) a fin de estudiar la posibilidad de matar a los enfermos considerados ‘irrecuperables’ por los medios más apropiados. Fue el comienzo de la ‘eutanasia’, de la destrucción de seres juzgados ‘indignos de vivir’ (*lebensunwert*)”<sup>(58)</sup>, en alusión al programa de exterminio en base a la “salud”, denominado T-4, implementado en la Alemania Nazi.

La comparación, si bien exagerada, puede ser tenida como válida en términos de prevención. Al menos en causas de lesa humanidad en la Argentina, se ha hecho el paralelismo con los decretos nazis de *Noche y Niebla* para asimilar y “nazificar” los actos de desaparición forzada de personas. En este

---

(58) RAFECAS, Daniel, *Historia de la solución final. Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 208, con cita de Ian Kershaw.

caso, el procedimiento médico se presenta como aún más parecido al programa T-4; rápido, accesible, seguro y cómodo...

Y en ese contexto resulta interesante la asepsia del lenguaje. La práctica no es nueva y hay quienes han recordado las estrictas “normas de lenguaje” que debían guardarse al tratar los temas de la “solución final” en la Alemania Nazi, el exterminio de los judíos. Nos dice Hannah Arendt: “...Difícilmente se encuentran documentos en los que se lean palabras tan claras como ‘exterminio’, ‘liquidación’, ‘matanza’. Las palabras que debían emplearse en vez de ‘matar’ eran ‘solución final’ (*Endlösung*), ‘evacuación’ (*Aussiedlung*) y ‘tratamiento especial’ (*Sonderbehandlung*). (...) Resultó extraordinariamente eficaz para el mantenimiento del orden y la serenidad en los muy diversos servicios cuya colaboración era imprescindible, a fin de llevar a feliz término el asunto. Además, incluso las mismísimas palabras “lenguaje en clave” (*Sprachregelung*) constituían una denominación en clave, puesto que representaban lo que en lenguaje ordinario se denomina mentira...”<sup>(59)</sup>.

El lenguaje aséptico, en clave, de la Corte continuará con mayor fuerza a partir de este punto. Y considero que resulta eficaz ya que el relato de la Corte provoca —me provoca— una representación mental limpia, blanca, estrictamente médica, de alta tecnología, moderna, contenedora, rápida, accesible, segura, cómoda, algo futurista y casi agradable, que “soluciona sanitariamente” la imagen —su contraparte— espantosa y desgarradora de la niña/mujer violada. Así, la Corte provoca en el lector del fallo una imagen que convive con los argumentos, dándole cuerpo a un relato posmoderno pleno<sup>(60)</sup>. En esta imagen, desde el inicio, el niño ya ha desaparecido; su aniquilación física es sólo una consecuencia casi natural de la lógica discursiva.

Si bien hay numerosas expresiones como Convención Internacional, Protección, derecho constitucional, derecho a la intimidad, “condiciones médicas e higiénicas”, responsabilidad internacional, Naciones Unidas, rápido, seguro, cómodo, accesible, “interrupción del embarazo”, estas referencias parten de la base del carácter “subhumano” (*untermensch*) de la persona humana por nacer. Ése es un dato que no debe perderse de vista.

## 9. La “preocupación” de la Corte (considerando 26)

La Corte (considerando 26) se muestra superadora y menciona a los “órganos de aplicación de tratados de derechos humanos” que han censurado al Estado argentino por no “garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial...”: Comité de Derechos Humanos y Comité de Derechos del Niño, con sus referencias. Sí, Comité de Derechos del Niño de Naciones

(59) ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, 2ª ed. —edición original 1964—, Debolsillo, Buenos Aires, 2005, pp. 126/127.

(60) Ver relación de argumentos con imágenes en *supra*, pp. 13 y 14.

Unidas. Estos órganos cesarán en sus preocupaciones y, evidentemente, felicitarán al Estado argentino en sus próximos informes. Y todo ello gracias al ejemplar fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el transcurso de toda la “disidencia” señalo los errores de intervención e interpretación de los organismos internacionales y de la propia Corte en su receptación y consagración como fuentes del derecho de los derechos humanos a manifestaciones realmente menores, que nunca fueron tenidos como de carácter obligatorio.

De todas formas, si ése fuera el caso, la “visión argentina” de protección de la persona humana desde la concepción, el establecimiento del “estándar mínimo” de protección de la dignidad originaria de la persona humana y el principio conocido como *estoppel*, sumado a las reservas y declaraciones interpretativas establecidas conforme las propias normas del derecho internacional, conformarían una barrera inexpugnable que transforma a nuestra Constitución Nacional en escudo de protección y esperanza de toda persona humana.

#### **10. Declaración jurada (considerando 27)**

En el considerando 27 la Corte limita la expresión de voluntad de la víctima a través de una declaración jurada con su profesional. Puesto que ya había impedido cualquier vallado o demora —como más de un médico o consulta judicial, con las amenazas penales del caso— completa aquí cualquier otro aspecto que pueda querer invocarse para demorar este “derecho”, como que la víctima tenga que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer otro requerimiento que no sea “medicamento” necesario. El argumento resulta interesante. Estas prácticas pueden transformarse en una “barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana”.

Pareciera que aquello que no tenía regulación y por tanto no debía ser regulado por médicos y jueces, sí tiene regulación germinal: “Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud”, OMS, 2003, citado por la Corte y aparente modelo a seguir para las exhortaciones a los poderes del Estado.

En la “disidencia”, recorro un camino diferente, tal como fuera señalado *supra* en el punto 6.

#### **11. Demoliendo obstáculos: implementación operativa cómoda, segura, rápida y expeditiva (considerandos 28 al 30)**

La Corte (considerando 28) impide que se pongan obstáculos “...que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para la salud...”



En el considerando 29 exhortan a las autoridades nacionales y provinciales a “implementar y hacer operativos, mediante normas de más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos”.

Ordenan se disponga que el personal “sanitario” ejerza su derecho de objeción de conciencia, pero lo hace para evitar obstáculos y sacarlos del medio, ya que ello no puede demorar o comprometer, según sus términos, el “servicio”. La objeción debe exigirse en el momento de la implementación del protocolo o al momento que inicie las actividades en el “establecimiento de salud” correspondiente. El “servicio” está garantizado así de forma total.

En el considerando 30 la Corte requiere un ambiente “cómodo y seguro” con una asistencia “rápida y expeditiva” (*Sprachregelung* en su manifestación más cristalina).

En la “disidencia” no abordo este tema en razón de que tomo un camino diametralmente opuesto, aunque dejo a salvo la “objeción de conciencia” para los supuestos que allí señalo.

## **12. *Finale*: en campaña (considerando 31)**

Por último, la Corte considera indispensable que se implementen campañas para que los sectores vulnerables conozcan los derechos que asisten a víctimas de violación.

## **II. Bloque minoritario**

### **13. Opinión de la Dra. Carmen Argibay. El conflicto de derechos (considerandos 10 a 15)**

La Dra. Argibay iguala también a las víctimas de un ataque contra su integridad sexual que han quedado embarazadas, sean o no “idiotas o dementes”.

Me extenderé un poco sobre el razonamiento de quien fuera ministro de la Corte, en razón de que la disidencia aborda —fundamentalmente en los considerandos 6º, 7º, 25º y 26º— en bloque al “conflictivismo” y la “ponderación” desde un punto de vista crítico.

Dicho ello, la Dra. Argibay afirma que “aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses”, y critica que el recurrente invoque unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero omita toda consideración respecto al “otro extremo del conflicto”, la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación. Sostiene que su formulación es incorrecta, pues desdeña “...la extrema conflictividad de una situación que



el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*...”

Sostiene que “...esa preferencia por un distinto esquema de valores de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del art. 86, inc. 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla...”

Argumenta que la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero, es aceptada como socialmente soportable por el legislador. Y en tal sentido, entiende que la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa de excepción es competencia exclusiva del Poder Legislativo.

Y en tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y “...siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervinientes tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico constituye una valoración propia de su competencia...”

Y en ese contexto estima que la excepción del art. 86.2 cumple con el estándar de validez constitucional, pues “...en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación (...) cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer...”

Dilucida el juicio de ponderación: la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena). Suma a ello la consideración de que el ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (la interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma.

Exóticamente sostiene que “...debe quedar en claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales con las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante...”

Tengo que admitir que luego de leer el voto y releerlo un par de veces, no salgo de mi estupor. Es que sostener que no existe una preferencia absoluta

parece, más que racionalidad, cinismo. Hay que decirlo con todas las letras: “Sí, existe una preferencia absoluta por la situación de la madre ante la vida del hijo”. Puro y simple.

Y se ven marcados a fuego los problemas que trae el pensamiento jurídico “conflictivista”. Quedan explícitos los vicios de razonamiento del bloque minoritario y es por eso que sostengo que es la “armonización de derechos” como visión ajustada a un Estado constitucional de derecho frente al “conflicto de derechos” y el “*balancing*” entendido como “ponderación” en lugar de “equilibrio”.

El legislador no tiene competencia para sacrificar la vida de una persona humana inocente en aras de una pretensión disfrazada en derecho que no es tal. La madre no tiene derecho a sacrificar la vida de una persona humana inocente, ni siquiera si es producto de una violación. No existe un punto medio.

Así, el bloque minoritario equivoca el camino al intentar una ponderación de derechos en conflicto, estimando que el legislador cumple con las pautas constitucionales al elegir no penar la conducta abortiva de las mujeres embarazadas producto de un ataque a su integridad sexual. En efecto, está vedado a legislar en relación a la vida de una persona humana inocente y la posibilidad de su aniquilación.

No es posible entender que el fundamento del principio de igualdad entre víctimas sexuales —“idiotas o dementes” de las que no lo son— habilita a entender que se conforma un verdadero derecho a abortar en las excepciones de punibilidad que contempla la norma. Las excepciones deben ser interpretadas, siempre, de manera restrictiva.

A poner negro sobre blanco. La postura del bloque minoritario sí implica una preferencia absoluta de un bien jurídico sobre el otro, en este caso la situación de la madre sobre la vida del hijo y aniquila la tutela legal del *nasciturus* a través de la interpretación amplia de la ley vigente. No es admisible que aun ante circunstancias excepcionales, el propio Código Penal afecte la vida del niño como única vía para salvaguardar la situación —cuando no media peligro de vida— de la madre.

Conforme a sus argumentos, la Dra. Argibay declara admisible el recurso extraordinario.

#### **14. Por “su voto” del Dr. Petracchi**

Considera que no debe abrirse el recurso extraordinario puesto que el fallo apelado se sustenta autónomamente en la legislación nacional, que no fue atacada de inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de ello, deja asentada su opinión, en iguales términos que la Dra. Argibay por lo que en la disidencia son tratados en conjunto.

### III. Fallo

“1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.

”2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

”3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente”.

### IV. Conclusión de la primera parte

La Corte Suprema de Justicia dictó un fallo en el que

1. Afirma que la “cláusula de no punibilidad” de aborto, del art. 86, 2º párrafo, del Código Penal, no debe ser entendida como una excepción eugenésica, sino que conforma un verdadero derecho a abortar para todas las mujeres víctimas de abuso sexual o violación, sin perjuicio de su carácter de idiotas o dementes, conforme el art. 19 de la Constitución Nacional y los Pactos, Convenciones y Tratados Internacionales.

2. Consagra el derecho al aborto rápido, accesible, seguro y cómodo con la sola presentación de una declaración jurada por parte de la presunta víctima de abuso sexual o violación y sin la necesidad de revización física médica o denuncia penal.

3. Lo hace a través de una interpretación “amplia” de los pactos, convenciones y tratados internacionales y toma como fuentes ciertas observaciones y preocupaciones planteadas por comités de Naciones Unidas en relación con la interpretación estricta de la norma penal citada por parte del Estado argentino.

4. Desestima a las “declaraciones interpretativas” como “condiciones de vigencia” de los instrumentos internacionales y descarta su oponibilidad a las disposiciones amplias y a veces indeterminadas de dichos instrumentos.

5. Deja a un paso la despenalización total del aborto. Al consagrar la interpretación amplia de todas las normas internacionales y nacionales, y al establecer como fuente directa las opiniones y preocupaciones de los comités de Naciones Unidas, ante la primera presentación que llegue a la Corte Suprema en la que una mujer plantee una situación de embarazo que afecte su “salud” conforme el concepto amplísimo de la OMS, que implica el estado

completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia<sup>(61)</sup> y que en 1992 fue ampliado a “en armonía con el medio ambiente”, el inc. 1º del art. 86 operará como una válvula indeterminada que permitirá abarcar, con fundamento en el principio de igualdad y prohibición de toda forma de discriminación, a cualquier caso; sumado al exclusivo requisito de “declaración jurada”, estamos ya ante su virtual despenalización.

6. Un Estado constitucional de derecho debe proteger a la persona humana inocente desde su concepción y hasta su muerte. El Estado posmoderno de derecho permite que la “autonomía” de la mujer decida sobre la vida o muerte de la persona humana que lleva en su seno.

7. Si la Constitución Nacional, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos están vigentes y específicamente afirman que no se establece una protección del derecho a la vida del *nasciturus* como sujeto de derecho, es absolutamente imprescindible, improrrogable y obligatorio interpelar a dicha estructura legal.

8. Si la Constitución Nacional, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establecen la existencia de una categoría de “subhumanos”, sea en razón de su salud física o psíquica, de su raza, del color de su piel, de su origen étnico, de su religión, de su nacionalidad, de su situación en las relaciones de propiedad, en razón de su ADN o basado en los motivos de su génesis, es absolutamente imprescindible, improrrogable y obligatorio interpelar a dicha estructura legal.

Estos interrogantes se enlazan estructuralmente con la propuesta de una visión distinta. Dejo de lado la “estructura legal” del Estado posmoderno de derecho, que nos lleva al “innocidio” y pretendo reencausar la hipótesis dentro del “orden jurídico” del Estado constitucional de derecho, a partir del desarrollo, análisis y proyección de la “visión argentina” de los derechos humanos y protección de la persona humana inocente desde la concepción; he aquí el motivo de mi “disidencia”.

---

(61) Definición de “salud” conforme a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946 y que entró en vigor en 1948.

## SEGUNDA PARTE

### DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DR. NICOLÁS QUINN

#### Considerandos:

#### 1-6. Hechos, planteos de las partes y antecedentes judiciales

1º) Que A. F., en representación de A. G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010 solicitó a la justicia penal de la provincia de Chubut —ante cuyos estrados se instruía una causa contra O. C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.— que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el art. 86, incs. 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia de Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A. G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias obrantes a fs. 1/1 vta. y 11).

El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido (fs. 17/18) y, con fecha 22 de enero de 2010, A. F. reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia (fs. 153/169) como en la cámara (fs. 350/379 vta.), no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A. G., “presentaba síntomas depresivos... (e) ideas suicidas persistentes” y que “el embarazo e(ra) vivido como un evento extraño, invasivo... (E)n su mundo interno e(ra) imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre...” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contra la voluntad de (la niña) implica(ba) grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida” (conf. ETI, Equipo Técnico Interdisciplinario, fs. 27 vta.).

2º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admi-

tiendo la solicitud de la señora A. F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inc. 2º, primera parte del art. 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesaria autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs. 648).

3º) Que aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del *nasciturus*, por el asesor general subrogante de la provincia de Chubut en su carácter de tutor *ad litem* y asesor de Familia e Incapaces, que fue concedido a fs. 673/676, no obstante haberse llevado a cabo ya el aborto, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravó por entender que, con la interpretación que del art. 86, inc. 2º, del Código Penal efectuó el *a quo*, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, art. 75, inc. 23: “Corresponde 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...”; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1º: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 3º: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y art. 4º “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”; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 3º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y art. 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6º: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño ... necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, art. 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y art. 6º “Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”).

4º) Que, radicada la causa ante esta instancia, se le confirió traslado a la señora defensora general de la Nación, quien asumió la representación

de la niña A. G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada (fs. 980/1010) al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado —víctimas de violaciones— debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (art. 86, inc. 1º, del Código Penal). Asimismo, se le confirió traslado a la defensora pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del *nasciturus* y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida (fs. 683/694). En ambas representaciones se petitionó que este tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos *amicus curiae* que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia. Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (fs. 1021/1022).

5º) Que así las cosas, esta Corte considera que, para el ejercicio de su jurisdicción, no resulta obstáculo alguno que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A. G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.

La Corte dispuso decidir respecto de las cuestiones propuestas, aun sin utilidad, con la finalidad de que el criterio del tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro. Se tuvo en consideración que, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del tribunal las cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas, pues las cuestiones relacionadas con el embarazo —o su eventual interrupción— jamás llegan al Máximo Tribunal en término para dictar útilmente la sentencia.

6º) Que los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se plantea que el Tribunal Superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales al interpretar el art. 86, inc. 2º, del Código Penal (art. 14, inc. 3º, ley 48). Es por ello que esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de la Primera Parte —Declaraciones, Derechos y Garantías— de la Constitución Nacional, en armonía realista con las disposiciones de la Segunda Parte y en especial de los tratados internacionales de derechos humanos desde la “visión argentina”, que integran el “sistema de constitucionalidad”. Se deja a salvo que, esta Corte, no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que tan solo le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos 331:735 y sus citas).



## 7. CRÍTICA: El conflictivismo y la ponderación —*balancing*— de derechos

### PROPUESTA: La armonización de derechos

7º) Que esta Corte se ve en la necesidad, ya desde el preludio, de asumir una posición crítica en relación a las dos construcciones que nutrieron y conformaron los razonamientos del bloque mayoritario y del bloque minoritario de la Corte: a) el “conflictivismo” y b) el “*test* de balance” de derechos. Resulta imperativo dejar asentada una aproximación liminar de dichas posiciones. En el presente considerando, se enunciará, de manera sintética, la faz conflictivista penal, que será *infra* abordada, desde la faz constitucional. En relación al *balancing test* se estima suficiente su referencia puntual. Se finaliza enunciando la postura que se entiende ajustada al Estado constitucional de derecho —c)—, de posterior desarrollo.

a) El derecho penal liberal conflictivista, en su propia visión, parece vincularse filosóficamente al “permanente devenir” de Heráclito y asienta su percepción de la realidad en las contradicciones. Estimamos útil, en este punto, formular una apretada síntesis de partida en siete (7) ideas, formuladas desde la propia posición bajo análisis, desarrollada por uno de los prestigiosos ministros de esta Corte, el Dr. Zaffaroni.

El derecho penal conflictivista, de acuerdo con su propio metalenguaje:

1. Propone abandonar la explicación de la sociedad como un sistema equilibrado normal puesto que la postura que critican entiende al “conflicto” como una desviación. Optan por explicar al “conflicto” como un componente normal de la sociedad.

2. Entiende que el poder punitivo es una válvula de escape institucional que desvía el conflicto de su objeto, que sirve para canalizar tensiones sin resolver los conflictos y que trata de neutralizar la conflictividad dinámica de la sociedad.

3. Exige al derecho penal que asuma los datos de la realidad social, con los impulsos negativos hacia el “Estado de derecho”. Dado que éste no puede legitimar al Estado de policía, el Estado real debe ejercer su poder en forma que lo reduzca y lo controle. Será función de las agencias jurídicas exigir del Estado real el sometimiento al principio regulativo del Estado de derecho, lo que importa una pauta ética del ejercicio del poder al servicio de la persona (“autónoma” y “consciente”).

4. En lo estrictamente penal, presentan una triple exigencia ética: a) en la construcción discursiva, exige la “sinceridad” y “buena fe” en la contención del ejercicio del poder punitivo; b) en cuanto a las agencias jurídicas, exige el agotamiento de su esfuerzo de contención; c) en las otras agencias del sistema penal exige disminuir constantemente sus niveles de violencia y “arbitrariedad selectiva”.

5. Para proteger los valores elementales de la vida comunitaria, el derecho penal debe saber que no regula el poder punitivo, sino que sólo puede



—y debe— contenerlo y reducirlo, para que no se extienda aniquilando estos valores.

6. Propone un desplazamiento del sujeto al que se dirige la exigencia ética, que pasan a ser las instituciones y agencias del Estado real. Este desplazamiento conlleva la alteración de otros conceptos subordinados, que fundamentalmente son: a) *responsabilidad* (posibilidad de respuesta) cambia totalmente su sentido según el destinatario de la pregunta. Desde una perspectiva reductora, no es el criminalizado el responsable, sino la propia agencia judicial que debe responder ante éste y ante toda la población, dando cuenta de su actitud frente al poder punitivo; b) *peligrosidad*: la respuesta debe ser siempre adecuada a la concreta peligrosidad del poder punitivo para el Estado de derecho.

7. El grado de irracionalidad concreta del poder punitivo es la peligrosidad del sistema penal. La función responsable del derecho penal en este marco es la de expresar teóricamente que lo que es, no debe ser, y operar a través de las agencias jurídicas, para que deje de serlo en el menor tiempo posible<sup>(62)</sup>.

b) La segunda, que tampoco se tiene por satisfactoria, es el intento de encontrar la solución en la mensura de los balances, pesos y contrapesos de derechos. Si bien ésta —la del *balancing*—, podría ser tenida como viable, es imprescindible que el término inglés *balancing* sea entendido como “equilibrio” y no como “ponderación” en miras a determinar qué “derecho pesa más”. A partir de entender el *balancing* como equilibrio, un interés no anula al otro sino que cada uno sobrevive y le es dado lo que se le debe<sup>(63)</sup> y de esa forma se cumple de forma acabada con una visión auténticamente constitucional de derecho.

c) Expresada la visión negativa de las posturas referidas, esta Corte afirma que no es el conflicto, ni la ponderación de derechos, el sistema que habrá de proporcionar la solución jurídica constitucional, ni penal, ante la tensión de las pretensiones que se reclaman en autos.

Por el contrario, se entiende que el ajustamiento óptimo se logra desde una visión “armónica” de los derechos. Tal ajustamiento debe llevarse a cabo a través de un análisis teleológico y sistemático de cada uno de ellos, desde una mirada hacia sus límites internos, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional, atendiendo a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable, para poder así determinar su contenido esencial pero en su situación coexistencial.

---

(62) ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 275 y ss.

(63) TOLLER, Fernando - SERNA, Pedro, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, *passim*, quienes sostienen y desarrollan extensa e intensamente la visión armonizadora expuesta sucintamente en el presente considerando y que sigo.

Así, se logra distinguir la entidad real y objetiva de cada derecho armónico de aquellas pretensiones expansivas e ilimitadas de los sujetos. De esta forma, cada derecho subjetivo habrá de ser determinado por completo en el marco de los casos concretos y la mera enunciación de supuestos derechos *a priori* y en abstracto, no podrán operar como verdaderos derechos fundamentales con incidencia en el ordenamiento jurídico.

El esfuerzo prudencial por ajustar y reajustar ese ámbito de comunicación auténticamente “humana”, que es la acogida entre los derechos, constituye el horizonte de toda actividad propiamente “jurídica” y misión principalísima e irrenunciable de esta Corte. La búsqueda del mejor modo posible de convivencia entre dos —y más— derechos, exige examinar en profundidad las distintas alternativas disponibles.

El “conflictivismo” y el balance de derechos como ponderación resultan paradigmas inadecuados para solucionar la tensión entre las pretensiones subjetivas. Ambas posturas desembocan, en su aspecto práctico, en una metodología que no tememos en definir como “totalitaria”, puesto que desde un presupuesto dialéctico eufemístico, presuntamente superador, desemboca en una síntesis cuyo resultado es aniquilar al derecho que estima derrotado.

Por el contrario, una visión “armónica” de los derechos es el criterio adecuado en un Estado constitucional de derecho. No confunde pretensiones subjetivas con derechos, establece la diferencia entre ambas categorías, y le da a cada derecho la entidad que le corresponde como tal, con la protección constitucional que le corresponde, que conforma una red de protección de la persona humana, entendida desde la concepción y hasta su muerte, con un “estándar mínimo” indisponible. Se retomará el análisis *infra* (considerandos 25, 26 y 27).

## **8. PROPUESTA: El “personalismo social” como sustrato antropológico**

### **CRÍTICA: La libertad entendida como autonomía ilimitada**

8º) Esta Corte sostiene que el sustrato antropológico desde el cual debe partir la consideración de la “persona humana” en nuestro ordenamiento jurídico es el que se conoce como “personalismo social”<sup>(64)</sup>.

---

(64) Que Alfonso Santiago (h) indica como “Personalismo solidario”. Seguiremos en este punto, también su desarrollo teórico (SANTIAGO, Alfonso (h), en su obra *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco de Rodolfo Depalma - Universidad Austral, Buenos Aires, 2002, pp. 62/90). A mi entender, nos encontramos aún, en nuestro sistema de Estado constitucional de raigambre liberal, en el paradigma del “personalismo social” como posibilidad, como deseo y como realidad jurídica floreciente. El “personalismo solidario” sería un objetivo aún más deseable pero aún más lejano, que seguramente requeriría una transformación sustancial del hombre; creo que su dimensión solidaria, por el momento, permanece en el ámbito estrictamente privado, mientras que su dimensión social ha traspasado ya ese ámbito y es

El ordenamiento jurídico argentino entiende al hombre —varón y mujer— como ser social y político. La denominación “personalismo social” pone de manifiesto la centralidad de la persona en la vida social, con un fuerte vínculo que la une a los demás<sup>(65)</sup>, referente axiológico ineludible del sistema político en general y jurídico en particular. Involucra el carácter social junto con los principios de solidaridad y subsidiariedad, que vertebran y estructuran las relaciones entre las personas, grupos sociales y el gobierno. A partir de la “solidaridad”<sup>(66)</sup>, las personas y grupos colaboran de acuerdo con sus posibilidades y bajo la guía del gobierno en la obtención del bien común, y todos comparten los beneficios del mismo. La “subsidiariedad”, por su parte, tiene un doble contenido: por un lado, los niveles superiores de la organización social deben respetar el ámbito de “autonomía” propio de las personas y grupos, creando las condiciones y colaborando con ellos para que puedan cumplir sus funciones propias; por el otro, los niveles superiores (grupos sociales y gobierno) deben suplir a los inferiores (personas y grupos sociales

---

de carácter pública. Por poner un ejemplo del planteo superador posible: “...Según el humanismo nuevo que nos ocupa, hay que cambiar al hombre burgués y, para ello, hay que transformar incluso al hombre mismo. Sí; esto sólo nos importa, en el fondo, es decir, en sentido cristiano: hacer morir al ‘hombre viejo’ y dar paso al ‘hombre nuevo’ que lentamente se forma —en la historia del género humano como en cada uno de nosotros— hasta la plenitud de nuestra esencia. Mas, una transformación tal requiere, por una parte, que sean respetadas exigencias esenciales de la naturaleza humana —y aquella *imagen de Dios*— y aquella primacía de los valores trascendentes que justamente permiten y preparan una renovación...” (MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral*, Lohlé-Lumen, Buenos Aires, 1996, p. 77).

(65) Santiago agrega que la persona, además de su centralidad en la vida social, como fuerte vínculo que la une a los demás, y que va más allá de la sociabilidad, se convierte en auténtica solidaridad; por eso lo denomina “personalismo solidario” (ob. cit., p. 62).

(66) “El bien común (...) por ser el bien de todos y de cada uno, resulta de la propia naturaleza social de la persona humana y requiere el esfuerzo de todos para que todos y cada uno realicen su dignidad de persona humana. Esa responsabilidad social de todos y cada uno por todos y por cada uno se llama ‘solidaridad’. La solidaridad tiene dos naturalezas. Es al mismo tiempo virtud moral y principio social. En cuanto virtud, es aquel hábito de actuar a favor del bien del otro. En cuanto principio social, debe orientar todas las relaciones sociales desde la economía a la política ya que la vida social no tiene otra razón de ser que no sea el bien común de las personas. La solidaridad resume en sí todos los corolarios de la dignidad de la persona humana y es la manifestación más cabal del principio de unicidad de los principios personalistas. En el plano político, este bloque de principios da origen a la democracia personalista. Ella es plural, como la misma condición humana, y deliberativa, como determina la racionalidad constitutiva del propio ser humano, y propone, a partir de sus bases antropológicas, un nuevo modelo de Estado. El fracaso del Estado social en lo referente a la cuestión social se da exactamente por sus bases antropológicas. La democracia personalista es impelida a solucionar la cuestión social proponiendo una antropología de base para un Estado que, mucho más que de *welfare*, debe ser un Estado de solidaridad. Es, por lo tanto, la respuesta para la cuestión social...” (GOMES DI LORENZO, Wambert, *Teoría del Estado de solidaridad. De la dignidad de la persona humana a sus corolarios*, Colección Viento Sur 1, Club de Lectores, 2013, Conclusión, pp. 191/194).

menores) cuando ellos no pueden cumplir con una determinada actividad o cometido concreto<sup>(67)</sup>.

Ahora bien, la idea de “autonomía”, a la que se ha hecho referencia en el párrafo precedente, ha sido desvirtuada y su desvío debe ser corregido. La “autonomía” no debe ser entendida, tal como se intenta hacer desde el “imaginario” conflictivista, como un culto a la “libertad individual”; desde dicha visión, la libertad deja su lugar como poder de obrar o no obrar, radicado en la razón y en la voluntad, fuerza de crecimiento y maduración en la verdad y la bondad, al servicio del bien y la justicia. Por el contrario, la “autonomía” como “libertad infinita” es entendida como “...la posibilidad de expresión sin condicionamientos, sin ataduras, sin restricciones, de actuar por voluntad propia y de pensar sin límites. Evoca el campo deseado de la libertad...”. Dicha postura, que día a día gana terreno, señala como su opuesto al Estado, al que asocian con “...las fronteras, los obstáculos, los constreñimientos, las imposiciones, la opresión. Es el ámbito temido de la represión...”<sup>(68)</sup>.

Ahora bien, la anomalía de entender a la “autonomía” como “libertad infinita” se expande y pretende también configurar los criterios de verdad, que también se identifican con la “voluntad individual infinita”, expansiva, ilimitada. Desde ese lugar se vuelve al “derecho”, que pasa a ser exclusivamente “derecho subjetivo”, y a éste se lo define también como “autonomía” o “libertad infinita”. Así, se cierra el círculo, y “libertad”, “verdad” y “derecho” se asimilan a esa idea trastocada de “autonomía”, o lo que es lo mismo, “libertad”, “verdad” y “derecho” se identifican con “voluntad individual ilimitada”.

Dicha postura, así entendida, debe ser reprendida con firmeza desde el ordenamiento jurídico. Que se entienda. No implica amonestar la idea de “autonomía” desde el ámbito subjetivo, puesto que las pretensiones pueden ser ilimitadas, y el deseo, la imaginación y los sueños deben ser alentados. Pero sí es función específica de esta Corte correr el eje de esta visión y apartarla de su posición pretendidamente “configuradora de derechos” y con mayor vehemencia aún de la pretensión de ser conformadora del “derecho” y de la justicia.

Así, esta Corte sostiene que el “personalismo social” es el sustrato antropológico adecuado para desarrollar la “visión argentina”, tuitiva de la persona humana, respetuosa de los derechos humanos y conformadora de un Estado constitucional de derecho verdaderamente democrático.

---

(67) SANTIAGO (h), p. 72.

(68) THWAITES REY, Mabel, *La autonomía como búsqueda...*, cit., p. 9.

## 9. PROPUESTA: La filosofía realista como sustrato metafísico y estándar mínimo de protección de la persona humana

### CRÍTICA: El “subhumano” como categoría inadmisibles en un Estado de derecho

9º) El sustrato metafísico constitucional de esta Corte, en relación a su visión de la persona humana, parte de la filosofía realista<sup>(69)</sup>. Se nutre de la concepción del hombre como criatura, de la doctrina aristotélica del *zoon politikon*, del concepto de dignidad de cada persona humana introducida por el cristianismo, de las libertades políticas modernas y de los aportes que sobre la subjetividad humana ha hecho en los últimos siglos la filosofía occidental<sup>(70)</sup>. La persona humana es inseparable de la sociedad humana en la que vive y se desarrolla. Esta doctrina afirma la inigualable dignidad del ser humano, que siempre es sujeto y nunca objeto, siempre “alguien” y nunca algo, profundamente imbricada con el personalismo<sup>(71)</sup> como sustrato antropológico.

---

(69) “...Corresponde destacar en la propuesta realista los siguientes puntos: (i) el punto de partida para la elaboración de la doctrina es doble: por una parte, se comienza por la *experiencia*, por la ‘experiencia de las cosas humanas’ (...) es decir, por el conocimiento directo e inmediato de aquello que se presenta como *dado* y que precede y fundamenta cualquier reflexión; de otra, el razonamiento justificatorio de las proposiciones prácticas se fundamenta en última instancia en los *primeros principios prácticos*, aprehendidos por evidencia racional y que constituyen, por lo tanto, un conocimiento originario y primero; (ii) el carácter *práctico-moral* de los primeros principios de la justificación racional (...); (iii) el fundamento objetivo-originario de las proposiciones que fundan todos los desarrollos de la filosofía práctica realista hace posible alcanzar una fundamentación *fuerte* de aquellas proposiciones deónticas que establecen deberes *absolutos*, es decir, válidos sin excepción y que la filosofía moral contemporánea han dado en llamar ‘absolutos morales’” (FINNIS, *Moral absolutes*)...” (MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, t. II, La justicia, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2005, pp. 214/215).

(70) SANTIAGO (h) (ob. cit., pp. 62/63), quien en la nota 37 afirma que señala José Llompart que en el reconocimiento de la especial dignidad de la persona humana convergen históricamente tres perspectivas distintas: los aspectos religiosos-teológicos y el fundamento último de esa dignidad corresponden al Antiguo y Nuevo Testamento; la dimensión ético-filosófica ha tenido un particular desarrollo con los aportes de la filosofía kantiana; finalmente, en especial después de la Segunda Guerra Mundial, se han desarrollado fuertemente los aspectos jurídicos de la dignidad de la persona a través del reconocimiento y la protección de los derechos humanos (cfr. “El concepto de persona y la dignidad de la persona humana en la cultura europea”, *Persona y Derecho*, 1999, nro. 40, pp. 402 y ss.).

(71) “El personalismo es una corriente filosófica que pone en el centro de su atención a la persona humana. Aunque el tema filosófico de la persona es una constante en el pensamiento occidental, como corriente específica que se centra en ella surge en torno a los años treinta del siglo xx (...) nace precisamente para hacer frente a la crisis de la cultura de la Modernidad (...) El personalismo repropone valores perennes, que están por encima de las circunstancias del tiempo histórico. Como manifestaciones importantes de su influjo en el siglo xx cabe citar la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas de 1948, y los textos del Concilio Vaticano II. (...) El personalismo pretende reivindicar una visión del hombre en cuanto persona una,

Desde la antropología personalista, imbuida de la filosofía realista, se reconoce que el comienzo de la vida humana tiene lugar en un “instante preciso”, el de la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación. Tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos, se genera un nuevo “ser humano”, único e irrepetible, en el que ya está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas.

Nos encontramos en un instante “especial”, en el sentido de que queda ya generado un “único” dentro de la “especie” humana. Ése es el punto focal de paso de la “no existencia” a la “existencia”. En ese “instante preciso” el ADN, el mapa genético, la “identidad única” de esa persona humana, queda indisolublemente conformada como miembro de la especie humana.

Ya desde ese instante preciso, especial e individual, se reconoce a la persona humana y su dignidad originaria. Desde ese instante, adquiere un “estándar mínimo”<sup>(72)</sup>, por el mero hecho de existir como persona humana, que se distingue de una dignidad derivada o secundaria, que es la que el hombre

---

única e irrepetible. (...) El personalismo se configura como una filosofía realista, con las siguientes características: 1) Posee una visión del mundo de tipo ontológico o metafísico. Para el personalismo el mundo es una realidad externa al hombre, con consistencia propia, en la que hay entes con diversos grados de perfección, entre los que destaca la persona; 2) El hombre tiene capacidad de conocer una verdad que, al mismo tiempo, le trasciende. El personalismo admite la posibilidad de un conocimiento objetivo de la realidad, al que se accede subjetivamente. Sin embargo, el hombre no es capaz de conocer *toda* la verdad, dejando una puerta abierta al misterio y a la trascendencia; 3) el hombre es libre, con capacidad de autodeterminación —el hombre es dueño de sí mismo— y con capacidad de modificar el mundo; 4) La persona es una realidad sustancial, y no un mero suceder de vivencias sin un soporte ontológico... 5) Existe una naturaleza humana, que cambia accidentalmente con el devenir de la historia, pero que permanece específicamente idéntica a sí misma por debajo de esos cambios; 6) El hombre posee una dimensión ética y una dimensión religiosa, que se desprenden de su naturaleza espiritual y libre. ... Las novedades que aporta el personalismo serían las siguientes: 1) Insalvable distinción entre cosas y personas y necesidad de tratar a estas últimas con categorías filosóficas propias; 2) Importancia radical de la afectividad, considerada como parte esencial de la persona. (...); 3) La persona está esencialmente ordenada a la relación interpersonal, familiar y social. La persona se realiza a sí misma en la donación, diálogo y comunión con las demás personas; 4) El personalismo sostiene la primacía absoluta de los valores morales y religiosos por encima de los meramente cognoscitivos; 5) Tematización filosófica de la corporeidad humana y de la sexualidad. La persona es un espíritu encarnado y sexuado; 6) El personalismo ha de ser comunitario (...); 7) La filosofía (...) debe actuar con la realidad cultural y social; 8) Unión entre fe y cultura (...); 9) El personalismo juzga positivamente los desarrollos de la filosofía moderna que valorizan la subjetividad y critica las tendencias modernas de subjetivismo y relativismo. No se colocan ‘fuera’ de la Modernidad, pues se consideran a sí mismo como parte de la misma (...) Engloba a distintos autores (...) aunque en cada uno con estilo y énfasis propio (...) Karol Wojtyła, Martin Buber, Emmanuel Lévinas, Julián Marías, Romano Guardini, Emmanuel Mounier...” (FAZIO, Mariano - GARCÍA, José Juan, *Raíces filosóficas de la cultura de la vida*, Librería Córdoba, Buenos Aires, 2005, pp. 43/47)

(72) GATTINONI DE MUJÍA, ob. cit.



va adquiriendo o perdiendo con sus elecciones libres, con su obrar, con el modo en que convive y se relaciona con los demás hombres; en fin, en la construcción de la esencia singular del sujeto a través de su existencia, inserto en un sistema social y en un proceso histórico, de notoria complejidad.

A partir de la visión armónica, teleológica y sistemática, con el consecuente “estándar mínimo” de protección, se afirma que no es posible reconocer, establecer ni erigir un “derecho” desde la pretensión individual —y menos aún colectiva si existiera—, privada o pública, de terminar con la vida de una persona humana en período de gestación.

Ya la Corte ha dicho que el derecho a la vida desde la concepción es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

Resulta imperativo evitar dictar o reconocer cláusulas indeterminadas que alteren la “dignidad originaria” de la persona humana en su momento inicial, existencial, el de mayor vulnerabilidad e indefensión. Y menos aún si se cayera en la tentación de banalizar ese “estándar mínimo” podríamos llegar a conformar una categoría diferente a la de persona humana, una categoría horrorosa, algo así como “subhumanos” —o “semihumanos”—, verdaderos *untermenschen* conforme a su triste denominación universalizada en alemán. Cada persona humana pasaría a ser objeto —ya no sujeto, sino una cosa molesta, un engranaje inútil— de una masa indiferenciable, ya sin rostro, sin nombre, sometida —sin juicio previo— a la aplicación arbitraria de la pena de muerte.

Esta Corte sostiene que es la “filosofía realista” el sustrato metafísico adecuado para analizar la armonización de los derechos y proteger de forma íntegra la dignidad de la persona humana desde el sustrato antropológico personalista, constitutivo desde un Estado constitucional de derecho verdaderamente democrático.

**10. CRÍTICA: Visión estricta del art. 73, inc. 23, de la Constitución Nacional. El art. 4º, inc. 1º “en general”, de la Convención Americana de Derechos Humanos. El *untermensch* como categoría inviable**

**PROPUESTA: El desarrollo progresivo y floreciente de los derechos humanos; la “declaración interpretativa” de la Convención de los Derechos del Niño; el art. 4º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el *estoppel***

10º) Asentados los presupuestos desde los que esta Corte estima se debe llevar adelante el análisis de las cuestiones traídas a colación, corresponde desarrollar una crítica a la postura del bloque mayoritario en relación a la in-

vocación del recurrente del art. 73, inc. 23, de la Constitución Nacional, para dar sustento a su postura. El bloque mayoritario adoptó una visión “estricta” de la norma constitucional citada, que no se condice con la visión hermenéutica habitual del tribunal.

Recordemos qué dice el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional:

**Art. 75.** — Corresponde al Congreso:

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integran 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.

En tal sentido, sorprende el bloque mayoritario al afirmar que del art. 73, inc. 23, de la Constitución Nacional “...resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente...”

Limitar los alcances de la cláusula que le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089), como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia, afirmando específicamente que el mandato del constituyente es para que se establezcan “en general”, políticas públicas promotoras de derechos humanos, para luego desvanecer ese valladar tuitivo dejándolo exclusivamente enfocado a un aspecto estrictamente de seguridad social, resulta incongruente, cuando no perverso.

Y es que el Bloque hace uso de aquel infeliz término “en general” que tantas discusiones ha traído en relación al reconocimiento de la vida humana desde la concepción en el ámbito internacional de los derechos humanos. Nos referimos, en concreto, a lo prescripto en el art. 4º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a que

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, *en general*, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” [la bastardilla nos pertenece].

Y el bloque mayoritario de esta Corte pretende estar en sintonía con una de las más notables paradojas de la letra del derecho internacional de los derechos humanos, marcando un profundo retroceso en la materia y enturbando el fresco río de garantías de la persona humana que contiene nuestra Constitución desde el principio *pro homine*, que implica que una disposición



ha de ser interpretada en el sentido de brindar a las personas una mejor y máxima protección<sup>(73)</sup>.

La liviandad de la afirmación del bloque mayoritario se presenta como una posición exótica, tal vez extrema. Es que la alegada “imposibilidad” no se condice ni con el desarrollo progresivo y floreciente de los derechos humanos, ni con esa dinámica y originalidad de la que se ha hecho gala en no pocas de las decisiones de la Corte.

Es que la Corte ha actuado, en numerosas oportunidades, como inductora de normas (“exhortativas”, “apelativas”, “con aviso” o “de encargo”)<sup>(74)</sup>, esto es, cuando ante una situación de norma presuntamente inconstitucional ha encomendado al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución Nacional, ha sido determinante y contundente, aun cuando ha recibido duros cuestionamientos desde el ámbito de la división de poderes. Por citar casos paradigmáticos de la actividad nomogénica que ha desplegado esta Corte, es el que se ha conocido como caso “Verbitsky” (Fallos 328:1146), el caso “Rosza” (Fallos 330:2361), el caso “Badaro” (Fallos 330:4866) como sentencia “escalonada”.

La Corte también ha actuado como emisora de normas a través de sentencias manipulativas aditivas y sustractivas. Manipulativas cuando no ha encontrado una solución ya preexistente en las normas y ha emitido una respuesta nueva, agregándole, quitándole o sustituyendo materialmente algo al precepto en juego, con el argumento de hacer cumplir con la Constitución o para conciliarlo con ella. Mediante esos fallos esta Corte ha provocado verdaderas “mutaciones” normativas. Casos paradigmáticos han sido “Siri” (Fallos 239:459), “Kot” (Fallos 241:291), “Halabi” (Fallos 332:111). La Corte ha dictado sentencias manipulativas aditivas o sumatorias en el caso “Massa” (Fallos 329:5913) y manipulativas sustractivas en el caso “Ekmekdjian v. Sofovich”

---

(73) Principio aplicado regularmente por los tribunales internacionales y contemplado expresamente en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece, entre otras cosas, que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Por otra parte, tampoco puede interpretarse ninguna disposición en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. En igual sentido: art. 5º del Pacto de Derecho Civiles y Políticos; art. 5º de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre muchos otros.

(74) SAGÜÉS, Néstor P., “La Corte Suprema argentina como legislador positivo”, en SAGÜÉS, Néstor P. - SAGÜÉS, María Sofía, “Dinámica actual del derecho procesal constitucional”, trabajo realizado en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina, y actualiza el capítulo V del autor en *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, *passim*).

(Fallos 315:1492); ha dictado, incluso, una sentencia mixta por sustracción-adición en el caso “Vizzoti” (Fallos 327:3677)<sup>(75)</sup>.

En el caso que nos ocupa, la República Argentina ha dejado claramente asentada su posición a partir de la “declaración interpretativa” formulada al momento de manifestar su consentimiento y ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño. Por medio de ella señaló que, en lo que respecta a la Argentina, el art. I de dicha Convención que establece que se considera niño a “Todo ser humano menor de dieciocho años” se interpretará en el sentido de que “se entiende por niño todo ser humano *desde el momento de su concepción* y hasta los dieciocho años” (las bastardillas nos pertenecen). La Convención se encuentra incorporada, con jerarquía constitucional, en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

No se puede soslayar que, en materia de protección internacional de los derechos humanos, una vez que un Estado ha asumido un compromiso mayor, esta obligación es irreversible y éste no puede pretender, *a posteriori*, brindar una menor protección. En el caso de la República Argentina esto se ve claramente en la imposibilidad que tiene el Estado de incorporar dentro de su orden jurídico interno la pena de muerte o el aborto. Es lo que se conoce como la regla del *non concedit venire contra factum proprium* conocida también como *estoppel*<sup>(76)</sup>.

Sobre el tópico y la discusión en torno al caso conocido como “Baby Boy”, que giró en torno a la interpretación de aquél “en general” de la Convención y su apropiación por los Bloques, en este caso para contaminar derechos ya adquiridos y fijados, nos detendremos en el considerando siguiente. Por ahora, solo dejaremos plasmada nuestra estupefacción ante la captación de la supuesta “voluntad del constituyente” vinculada al aborto no punible, que con tanta liviandad ha sido traída a colación por el bloque mayoritario.

En síntesis. La Corte Suprema, en su dinámica actual, ha desplegado, en numerosos casos, recursos jurídicos que han traspasado imposibilidades presuntas y vedas *a priori* de soluciones jurídicas. Ha ido construyendo una rica dinámica constitucional que se detiene en seco en el caso que se trae a consideración y específicamente respecto de la protección jurídica del *nasciturus*.

Y ésta es la gran oportunidad que los bloques mayoritario y minoritario desperdician y desnaturalizan: la de profundizar, fortalecer y consolidar la “visión argentina” de los derechos humanos, que no es otra que aquella que el Estado argentino viene proponiendo desde nuestra democracia consolidada. Se deja pasar la oportunidad de presentar este hontanar del que emana

---

(75) Los fallos citados son de conocimiento público y han gozado de amplia divulgación, por lo que estimo innecesario ahondar en sus contenidos.

(76) GATTINONI DE MUJÍA, María, “La responsabilidad del Estado Argentino...”, cit.

una protección completa, profunda, rica, absoluta, total de la persona humana, desde el preciso instante de la concepción hasta su muerte, sin “graduaciones”, sin la existencia de “subhumanos” o “semihumanos” carentes de derechos, sea en razón de su salud física o psíquica, raza, color de piel, origen étnico, religión, nacionalidad, propiedad, ni tampoco en razón de su ADN o los motivos de su génesis; en realidad es peor: no se deja “pasar la oportunidad”, sino que se la pulveriza.

La horrorosa fabricación de la categoría de *untermensch*, subhumano o semihumano y el preocupante y grave carácter exhortativo del fallo que se pretende dictar, no se encuentra ni a la altura de las circunstancias, ni del prestigio, ni de los antecedentes, ni de las posibilidades de esta Corte; es más, resulta inviable e intolerable en un Estado constitucional de derecho; profundizaremos este aspecto específico *infra* en los considerandos 10º y 19º y fundamentalmente en el 9º.

Así, el análisis “estricto” del art. 73, inc. 23, de la Constitución Nacional, encapsula la protección del niño desde la concepción y a la madre durante el embarazo y quita a la norma del ordenamiento jurídico, mutando su manda constitucional a norma menor, de exclusivo carácter de “seguridad social”. Se silencia la “declaración interpretativa” formulada desde la “visión argentina” respecto de la Convención de los Derechos del Niño y se congela el desarrollo progresivo y floreciente de los derechos humanos, pretendiendo brindar una menor protección al *nasciturus* de aquella que el Estado ha asumido como compromiso específico. Se actúa por fuera del Estado constitucional y democrático de derecho, incurriendo en posible responsabilidad internacional por la violación de la regla del *estoppel*.

#### **11. PROPUESTA: La “visión argentina” del derecho internacional de los derechos humanos como interpretación tuitiva de la persona humana; necesidad de una interpretación “restrictiva” del art. 86, 2º, del Código Penal**

**CRÍTICA: El alcance “amplio” del art. 86, 2º, del Código Penal con fundamento en el caso “Baby Boy” CIDH; un razonamiento equivocado**

11º) Que resulta evidente para esta Corte, que una interpretación tuitiva de la persona humana íntegra y respetando su dignidad originaria y “estándar mínimo” que corresponde a la persona humana, en armonía con las previsiones constitucionales y con las previsiones establecidas tanto en el art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como del art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no sólo impone una interpretación “restrictiva” del alcance del art. 86, inc. 2º, del Código Penal, sino que interpelan la pertinencia de la propia norma disculpante.

No escapa a consideración de este tribunal, que el alcance “amplio”, dado por los bloques mayoritario y minoritario, ha sido propuesto con fundamen-

to en el Informe CIDH 23/81, “Baby Boy” y la discusión en torno a la redacción de los artículos de las declaraciones y convenciones mencionadas en el párrafo precedente. Resulta imprescindible abordar el análisis del caso aquí referido.

El caso conocido como “Baby Boy” —en el que la Comisión no estuvo llamada a aplicar la Convención americana y que ha sido mencionado, aunque no explicado— es el siguiente: el 3 de octubre de 1973 el Dr. Kenneth Edelin practicó un aborto en el Boston City Hospital, de resultas del cual resultó muerto un niño varón, identificado por las autoridades como *Baby Boy*. En el proceso penal interno, el médico fue declarado culpable en primera instancia de homicidio sin premeditación. La decisión fue apelada y finalmente revocada el 17 de diciembre de 1976 por la Corte Suprema de Massachusetts que absolvió al Dr. Edelin. A principios de abril del año siguiente, los Estados Unidos de América fueron acusados ante la Comisión por haber violado el derecho a la vida.

La Comisión Interamericana debía decidir si los Estados Unidos de América habían violado o no el art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice así:

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

La Comisión, por cinco votos contra dos, decidió el 6 de marzo de 1981 (res. 23/81) que los hechos denunciados no constituían una violación al citado art. 1º de la Declaración Americana.

Debe resaltarse que la decisión recurrió a los trabajos preparatorios del texto que debía interpretar y efectuó así una “breve historia legislativa”<sup>(77)</sup>. Comenzó expresando que el texto que sirvió de base a las negociaciones fue un proyecto elaborado por el Comité Jurídico Interamericano que expresaba:

Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer así como también los incurables, dementes y débiles mentales.

La pena capital sólo puede aplicarse en los casos en que una ley preexistente la haya establecido para crímenes de excepcional gravedad.

Se formó luego un grupo de trabajo para analizar las observaciones y enmiendas y preparar un documento que resultara aceptable, grupo que llegó a un texto preliminar cuyo artículo decía:

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad e integridad de su persona.

---

(77) Este razonamiento fue desarrollado por el Prof. BARBERIS, Julio A., en “El derecho a la vida en el Pacto de San José de Costa Rica”, en *Rumbos del derecho internacional de los derechos humanos*, t. III, Liber Amicorum Cancado Trindade, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2005, pp. 12/21.

El 22 de abril de 1948 este artículo fue aprobado con un cambio de redacción en castellano. El texto definitivo fue aprobado en la sesión plenaria del 30 de abril y el Acta final fue suscripta el 2 de mayo de 1948.

La Comisión Interamericana consideró que el texto aprobado por la Comisión sexta de la Conferencia, modificaba el sentido del proyecto del Comité Jurídico Interamericano, y estimó que la definición del derecho a la vida dada por el proyecto era “incompatible” con las leyes que regían la pena capital y el aborto en la mayoría de los Estados americanos. La Comisión expresó en su resolución:

(...) la aceptación de este concepto absoluto —el derecho a la vida desde el momento de la concepción— habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países.

La Comisión Interamericana resolvió que los Estados Unidos de América tenían razón porque la conferencia había enfrentado la cuestión de la existencia de la vida desde el momento de la concepción, pero

(...) decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.

Ésa es la historia de los antecedentes de la redacción de la norma y del caso “Baby Boy”. La historia de la norma, de sus trabajos preparatorios y el caso “Baby Boy” procuran “salvar” a los artículos penales de muchos países de 1948, incluido el argentino, que ya había establecido la no punibilidad del aborto terapéutico y del aborto eugenésico en el art. 86 del Código Penal. Para la redacción del artículo se estimó que la aceptación del derecho a la vida desde el momento de la concepción en todos los casos “...habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países”. El texto fue modificado “para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina (...) principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico...” (Organización de los Estados Americanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981*, p. 44).

Pero no puede ignorarse que constituye un grave error en el razonamiento de la Comisión, puesto que la incompatibilidad de la legislación interna de un Estado con el derecho internacional no trae como consecuencia su derogación, sino la obligación del Estado de adaptar su legislación interna al derecho internacional de los derechos humanos y hacerla compatible con él. Al menos ése es el criterio a partir del desarrollo y florecimiento del derecho internacional de los derechos humanos, desde una visión superadora de aquella de “compromiso” que puede haber sufrido en su necesidad de aceptación, e incipiente elaboración, apenas finalizada la Segunda Guerra Mundial. Retomar su concepción inicial, con una visión originalista o textualista, atenta contra la propia naturaleza expansiva del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y conforma, trayéndolo a colación

en la instancia actual, una imperfección e impureza del derecho, y no uno de sus aciertos<sup>(78)</sup>.

La interpretación de los textos internacionales está reglada por ciertas normas básicas que han sido codificadas en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. El art. 3º, inc. I, contiene la regla principal de interpretación que indica que un texto debe ser interpretado de buena fe, conforme el sentido natural y ordinario de sus términos en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. El art. 32 permite acudir a métodos de interpretación “complementarios”, cuando la aplicación del art. 31 deje ambiguo u oscuro el sentido de un texto o cuando conduzca a resultados absurdos o irrazonables. Entre los medios “complementarios” de interpretación, la Convención de Viena menciona el recurso a los trabajos preparatorios. El Prof. Barberis deriva de esto, y esta Corte coincide plenamente, en que un texto no puede válidamente ser interpretado recurriendo en primer lugar a los trabajos preparatorios. Estas reglas básicas han sido avaladas por la doctrina y la jurisprudencia y han asentado el carácter subsidiario que poseen los trabajos preparatorios como método de interpretación.

En la labor de interpretación, continuando con el razonamiento, se debe aplicar el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que codifica las reglas consuetudinarias vigentes sobre la materia. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos enseña que las normas de la Convención de Viena pertenecen al “derecho internacional general” (Corte IDH, serie A, nro. 3, p. 22; serie A, nro. 7, pp. 11 y 12; Corte IDH, serie A, nro. 4, p. 16)

Recordamos que la razón de la modificación del texto del Comité Jurídico se debió a que se acordó redactarlo sin enumeraciones ejemplificativas, pero sin alterar su esencia, tal como lo manifiesta el relator de 1948, Luis López de Meza. La referencia a las personas incurables, dementes y débiles mentales se eliminó por un motivo de redacción. Como sostiene Barberis, de su supresión no puede derivarse la afirmación de que no tienen derecho a la vida. Y de la misma manera, la supresión de la referencia a los niños por nacer, desde el momento de la concepción, no resulta un argumento válido para sostener que se le niegue el derecho a la vida en “ciertas circunstancias”.

Lo expuesto replicará en consecuencias sobre el tipo de interpretación que cabe darle a la norma penal que trata las excusas absolutorias en el art. 86, inc. 2º, del Código Penal. Una interpretación tuitiva de la persona humana, íntegra y respetando su dignidad originaria, tal como se deriva de nuestra Constitución y en armonía, ajustada con las previsiones establecidas tanto en el art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como del art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Hu-

---

(78) Las ideas de “imperfección” e “impureza” del derecho son tomadas de VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005, pp. 228/229.

manos, impone una interpretación “restrictiva” del alcance del citado artículo; este tema específico será tratado posteriormente en considerandos 15º, 20º, 23º, 24º y 31º, entre otros.

**12. PROPUESTA: Art. 4º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: persona desde la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente**

**CRÍTICA: Art. 4º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: respeto de la vida “en general”**

12º) Corresponde ahora analizar el art. 4º, inc. 1º, y sus dos partes, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a las reglas interpretativas señaladas. A tal efecto, continuamos y seguimos la ya extensa interpretación de Barberis.

Así, es posible distinguir dos partes en el art. 4º, inc. 1º, de la Convención. La primera parte está redactada:

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.

La segunda parte reza:

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

El derecho a la vida está garantizado en el Pacto de San José de Costa Rica en estas dos partes, que se presentan como una conjunción, lo que implica que el derecho interno de cada Estado parte debe estar de acuerdo con la primera y la segunda parte del inc. 1º del art. 4º, por lo que cualquier persona puede reclamar al Estado el cumplimiento de cualquiera de las dos partes del mencionado inciso.

En la primera parte se presenta la definición de “persona” y el empleo de la expresión “en general”. “Persona” es todo ser humano desde el momento de la concepción. La expresión “en general” implica que los Estados parte deben garantizar, en la mayoría de los casos, el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Es cierto que también autoriza a un Estado parte a dictar leyes que, en algunos casos o excepcionalmente, no garanticen el derecho a la vida desde aquel momento. Pero la Convención Americana no determina el plazo dentro del cual un Estado podría excepcionalmente no garantizar el derecho a la vida.

Los ejemplos brindados por Barberis son claros y reducen este argumento al absurdo: por ejemplo, dice, un Estado parte podría dictar una ley no sancionando penalmente los sacrificios humanos efectuados por druidas o sacerdotes de cierta religión respecto de víctimas cuya edad no supere los 15 años; igualmente, otra ley de un Estado podría no sancionar penalmente la



eliminación de los seres humanos menores de 5 años que padezcan de retraso mental agudo debido a una enfermedad hereditaria. Estas leyes serían compatibles con la primera parte del inc. 1º del art. 4º de la Convención, si la legislación del Estado en cuestión garantizara, en los demás casos, el derecho a la vida desde la concepción.

La segunda parte del art. 4º, inc. 1º, contiene también términos claros y su sentido también puede resultar de un análisis textual. Barberis señala de manera brillante que el sujeto de la proposición es “nadie”, pronombre que reemplaza al sujeto de la primera parte, es decir, cualquier persona a partir del momento de la concepción.

El otro concepto importante es “arbitrariamente”. La Convención Americana emplea la noción de arbitrariedad en varias otras disposiciones (cfr. art. 7º, inc. 3º, art. 11, inc. 2º, art. 20, inc. 3º) así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana ha delimitado el concepto de “arbitrariedad” en diversos fallos que se han referido a la “libertad personal” (caso “Gangaram Panday”, Corte IDH, serie C, nro. 16, sentencia del 21/1/1994), a la “nacionalidad” (caso “Ivcher Bronstein”, Corte IDH, serie C, nro. 74, sentencia del 6/2/2001), “derecho a la vida” (caso “Hilaire, Constantine, Benjamin y otros”, Corte IDH, serie C, nro. 94 y OC, nro. 16).

En el caso “Gangaram Panday” se distinguió entre detención o arresto ilegal y arbitrario. La detención ilegal, prevista en el art. 7º, inc. 2º, de la Convención, supone la violación de las causas o el procedimiento previstos en la ley. En cambio, una detención es arbitraria, aun cuando sea legal, si es incompatible con el respeto a los derechos humanos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonable, imprevisible o falta de proporcionalidad (Corte IDH, serie C, nro. 16, p. 22); la Corte reiteró esta noción de arbitrariedad en los casos “Sánchez Rosero” (Corte IDH, serie C, nro. 35, pp. 26 y 27) y “Villagrán Morales”, entre otros (Corte IDH, serie C, nro. 63, pp. 59 y 60).

En relación a la “nacionalidad” en el caso “Bronstein”, la Corte Internacional no introdujo modificaciones al concepto de “arbitrariedad” desarrollado con anterioridad, pero indicó que las violaciones flagrantes del derecho interno peruano mostraban el carácter “arbitrario” del retiro de nacionalidad del nombrado.

Respecto del “derecho a la vida”, la sentencia “Hilaire, Constantine, Benjamin y otros” trata de un caso de Trinidad y Tobago sobre pena de muerte prevista para todo autor de homicidio intencional. La Corte Internacional expresó que la afirmación de que todo responsable del delito de homicidio intencional es merecedor de la pena capital “...se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida-



da a la aplicación ciega de la pena de muerte...” (Corte IDH, serie C, nro. 94, párr. 105).

Así, esta Corte hace suya la interpretación de Barberis en cuanto a que, según la Convención Americana, es “arbitrario” todo acto de privar un derecho otorgado por ella a un ser humano que no ha participado de ninguna manera en los hechos que han dado origen al caso concreto. El término “ser humano”, según la Convención, comprende toda persona desde el momento de la concepción. Los actos arbitrarios de privación de un derecho pueden ser tanto actos imputables al Estado como a particulares. En cuanto al derecho a la vida, es un acto “arbitrario” cualquier tipo de aborto practicado por un particular para eliminar una persona por nacer. La interpretación “amplia” del art. 4º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos queda vedada, e incluso la propia existencia de este “perdón” es puesta en tela de juicio y pasa a ser interpelada.

### **13. PROPUESTA: La “visión argentina” y el “estándar mínimo” de protección de la persona humana. Fallos 325:292 “Portal de Belén”**

**CRÍTICA: El denominado “aborto eugenésico” como anomalía; el *nasciturus* como sujeto des-protegido y diferenciado en el ordenamiento jurídico**

13º) Que esta Corte entiende que el carácter “amplio” o “abierto” del art. 4º de la Convención Americana fue superado por la República Argentina, que optó por proteger a la persona humana de manera integral desde la concepción; el denominado aborto eugenésico<sup>(79)</sup>, ciertamente, quedó como una anomalía historicista; se realizará un análisis más profundo de este aspecto histórico eugenésico en el considerando 21.

Como ya hemos dicho, el bloque mayoritario optó por el interesante análisis histórico de los antecedentes de la redacción del art. 4º de la Convención Americana, así como de los alcances que tiene dicha redacción para otras realidades jurídicas. Pero por más interesante que resulte el análisis histórico, lo cierto es que la República Argentina purificó la contaminada redacción, y éstas son “las condiciones de su vigencia” para la interpretación y aplicación del derecho internacional en —y desde— nuestro país, visión que fue establecida en el momento pertinente y oportuno y, en consecuencia, superadora del derecho interno y estructura conformante del derecho internacional de los derechos humanos.

Pero el calificativo de “interesante” que hemos señalado para el análisis histórico, deja de ser tal para mutar irregularmente en una grosería. Ello al

---

(79) Eugenesia: del griego *eu-genes*, de buen linaje. El *Diccionario* de la Real Academia Española define “eugenesia: (Del gr. ...bien y *génesis*) f. Aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana” (RAE, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., 2001).

afirmar el bloque mayoritario que, ni del art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ni del art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del art. 3º de la Convención Americana, en particular “..en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, no puede (...) darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que (...) la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste”<sup>(80)</sup>.

Y decimos que es una grosería, porque si bien el dato histórico y formativo de la norma es correcto y la Argentina fue uno de los países especialmente considerados para la estructuración de la protección “en general”, lo cierto es que a excepción de las anomalías historicistas domésticas sobre el tema, la República Argentina hizo florecer un sistema completo y compacto de principios, que conforman una verdadera “visión argentina” de protección integral de la persona humana inocente.

Como sostiene Gattinoni de Mujía “..Todo ser humano goza actualmente de una suerte de *estándar mínimo* de derechos fundamentales, inderogables, que no pueden ser supeditados por ningún motivo y que todo sujeto de derecho internacional debe respetar, incluso al margen de cualquier obligación convencional...”<sup>(81)</sup>.

Ya lo hemos señalado y no nos cansaremos de hacerlo.

La República Argentina tiene muy claro cuál es ese “estándar mínimo” de los derechos fundamentales de la persona humana inocente, que conforma un “núcleo inderogable e indisponible” de derechos y de su protección jurídica integral. “..Recordemos que en materia de derechos humanos, el Estado ha asumido obligaciones frente a los demás estados pero, fundamentalmente, frente a las personas que se encuentran en su jurisdicción. Se aplica

---

(80) La protección jurídica desigual de la persona humana ya ha sido desarrollado desde la dogmática. Por ejemplo: “... el derecho positivo en efecto trata de modo diferente a las personas nacidas y a las personas por nacer, de modo que sugiere que el valor jurídico de la personalidad humana es incremental (en lugar de ser constante desde la concepción en adelante)(...) La primera posibilidad es que el valor de la vida de las personas sea constante desde el momento de la concepción en adelante (...) La segunda posibilidad es que el valor de la vida de las personas sea incremental, de modo que el valor de la vida de una persona sea cero antes de la concepción, y a partir de la concepción su valor se vaya incrementando gradualmente con el paso del tiempo hasta alcanzar en algún punto su valor completo, ese que las personas tienen cuando ya han nacido (...) El derecho argentino refleja la visión según la cual el valor jurídico de los seres humanos no nacidos es inferior al de los ya nacidos” (FERRANTE, Marcelo, “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en AA.VV., BERGALLO, Paola (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 371 y ss. En la misma obra con un artículo por demás interesante, Martín Farrell afirma que “...la vida humana incrementa su valor con el paso del tiempo...” (FARRELL, Martín, “¿Existe un derecho constitucional al aborto?”, en *idem*, p. 388).

(81) GATTINONI DE MUJÍA, ob. cit.

en esta circunstancia la regla de *non concedit venire contra factum proprium* conocida también como *estoppel...*<sup>(82)</sup>. Ese “estándar mínimo” no puede ser relativizado, limitado, ni menos aún, derogado.

Si bien el bloque mayoritario hará alguna referencia en sus considerandos posteriores, no estimó pertinente asentar cuál es la situación jurídica real para aquellas personas que se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico internacional —en el contexto señalado— y constitucional en la Argentina, tal como fuera, por ejemplo, establecido por esta Corte en el fallo “Portal de Belén” (Fallos 325:292)<sup>(83)</sup>. Los principios asentados en dicho fallo serán expuestos *infra*, en el considerando 16°.

Un Estado constitucional de derecho no puede violar el “estándar mínimo” de protección de la persona humana inocente y transformar al *nasciturus* en un ente despersonalizado, diferenciado en el ordenamiento jurídico nacional e internacional. La “visión argentina” refuerza la existencia de la persona humana desde la concepción y lo hace sin matices, desde el derecho constitucional y desde el derecho internacional.

#### **14. PROPUESTA: La “visión argentina” de protección de la vida humana; las “condiciones de vigencia” de los arts. 1, 3 y 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**

14°) Que en armonía con lo expuesto en el considerando que precede, cabe resaltar que los arts. 1°, 3° y 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagran el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, respectivamente.

El art. 1° de la Declaración afirma:

    Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

El art. 3° afirma:

    Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

El art. 6°, por su parte, sostiene:

    Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a la vida, conforma un aporte más a la conformación armónica del sistema de

---

(82) *Idem*, p. 16 con sus citas.

(83) CSJN, “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social”, rta. 5/3/2002.

constitucionalidad y a la “visión argentina” de protección de la vida humana desde la concepción. El sistema de derechos humanos lleva a la inevitable interpretación “restrictiva” del art. 86.2 del Código Penal, única posibilidad respetuosa del “estándar mínimo” de protección de la vida humana desde la concepción, conforme desarrollo de la “visión argentina”.

**15. PROPUESTA: La “visión argentina” de protección de la persona humana y el art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en las “condiciones de su vigencia”. El derecho interno y su penetración en el derecho internacional. La obligatoriedad de la interpretación “restrictiva” del art. 86.2 del Código Penal**

**CRÍTICA: Las “preocupaciones” del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la interpretación “restrictiva” de la norma penal. La interpretación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**

15º) Que la vida del *nasciturus* se encuentra también protegida por el art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, norma que en su parte pertinente afirma que

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

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. También ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal (observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/3/2010) y lo ha hecho en estos términos:

13. El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el art. 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo [arts. 3º y 6º del Pacto].

**El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del art. 86 del Código Penal [la negrita obra en el original].**

De allí, el bloque mayoritario concluye que no es posible derivar del Tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, se arriba a la conclusión contraria, esto es, la obligatoriedad de la interpretación amplia.

Nuevamente, la alegada imposibilidad debe ser cuestionada. No escapa a la atención de esta Corte que existen grupos de poder hegemónico que impulsan a los organismos internacionales para que la protección de la vida de la persona humana, desde la concepción, sea letra muerta. Astutamente, lo logran haciendo que prime el “en general” como tiro de gracia.

No puede soslayarse que la República Argentina ratificó los Tratados y Convenciones con las reservas y declaraciones interpretativas derivadas del acto complejo y democrático que significa su aprobación, en consonancia con las normas internacionales. Tal circunstancia se traduce en un entendimiento del tratado, o convención, desde las garantías constitucionales del propio Estado y en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos, en particular si dicha interpretación resulta ser más tuitiva para los derechos de la persona humana. En efecto, la afirmación en cuanto a que los Estados no están facultados a invocar disposiciones de derecho interno para controvertir las disposiciones de un tratado (cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27), no pueden comprender las propias reglas de aprobación del tratado y su presentación internacional con las reservas y declaraciones, que pasan a ser derecho internacional “en las condiciones de su vigencia” para el Estado que presente sus posturas conforme el derecho internacional. En especial si conforman garantías de mayor protección. *Ergo*, deja de ser “derecho interno” para ser “derecho internacional”.

Justamente, en el caso específico de la República Argentina, dicho entendimiento tiene un criterio inclusivo, de mayor protección de la persona humana, que optimiza la protección de sus derechos en relación a los tratados y convenciones internacionales.

Es que, en esta comunicación permanente, no resulta fácil reconocer que también el derecho interno penetra en el derecho internacional, nos dice el Prof. Bidart Campos. Señala como ejemplo claro a los tratados que al declarar derechos establecen que esos derechos no niegan ni menoscaban otros derechos que puedan surgir del derecho interno del Estado (Constitución, leyes, etc.), “...con lo que puede decirse fácilmente que el tratado hace suyos también los derechos surgidos de fuente interna del estado. Esto último exhibe el carácter abierto de los tratados y la tendencia a la *optimización* de los derechos, tanto como el carácter mínimo y subsidiario del derecho internacional de los derechos humanos, ya que los tratados procuran que su plexo elemental no sirva ni se use para dejar de lado otros derechos, o los mismos (quizá mejores, más amplios, más explícitos), que sean oriundos del derecho interno...”<sup>(84)</sup>.

Así, los principios propiamente constitucionales, en armonía e interpretación hermenéutica con la Convención Americana de Derechos Humana-

---

(84) BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 508.

nos (considerandos 10º y 12º), la Convención sobre los Derechos del Niño (considerando 10º), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (considerando 11º), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (considerando 14º), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, conforman un “sistema constitucional” denso, contundente y tuitivo de los derechos y del “estándar mínimo” de protección de la persona humana desde la concepción, que conforma la “visión argentina” de protección de la persona humana.

En ese contexto, se fortalece la postura que lleva a sostener que no sólo no es “imposible” realizar una declaración “restrictiva” del art. 86 segundo párrafo, sino que, descartando en este momento otras opciones de su validez constitucional, es la única viable y única obligatoria.

**16. PROPUESTA: La “visión argentina” de la protección de la vida humana desde la concepción, Fallos 325:292, “Portal de Belén”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

16º) Que a partir del desarrollo de la “visión argentina” de la protección de la persona humana, la Corte ha afirmado que “...el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que ‘tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo (...) Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación’ (conf. Basso, Domingo M., ‘Nacer y morir con dignidad’, Estudios de Bioética Contemporánea, C.M.C., Bs. As. 1989, pp. 83, 84 y sus citas)”, abonado con citas del Premio Nobel de Biología Jean Rostand, del genetista Gerome Lejeune, del Prof. B. Carlson, del Prof. W. J. Larson, del Prof. T. W. Sadler, cuyos argumentos se ven reproducidos en los considerandos 6 y 7 del fallo “Portal de Belén” (Fallos 325:292) al que los bloques no han hecho ninguna referencia en toda su opinión; y en este caso cuando decimos la Corte, es precisamente “la Corte”, puesto que es un fallo que no ha sido controvertido por otro posterior.

Y en el considerando 12 la Corte ha sostenido: “12) Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339). En la causa ‘T., S’, antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fun-

damental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes). ..." (*idem*).

Desde la "visión argentina" de la protección de la persona humana se ha sostenido y se sostiene: "...13) Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa 'T., S,' ya citada). 14) Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica establece: 'Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.' Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2º de la ley 23.849 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé en su art. 70, en concordancia con el art. 63 que 'Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido'".

Por último, en el considerando 15: "...15) Que cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2º) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es 'deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos' (OC 11/90, párrafo 23). Asimismo, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional (Fallos 319:2411, 3148 y 323:4130)".

Por ende, la tuitiva "visión argentina" penetra como un torrente de garantías florecientes en el derecho internacional de los derechos humanos. La persona humana es reconocida y protegida desde la concepción. Todos los Tratados, Convenciones, Declaraciones internacionales de derechos humanos, cuando se refieren a la protección de la vida humana, lo hacen desde la concepción. El *nasciturus* cuenta con la dignidad originaria de la persona humana, estándar mínimo que no puede ser alterado, menoscabado ni suprimido. El derecho interno es generoso, se transmite y se transforma en derecho internacional y conforma las condiciones de vigencia. En este punto, el derecho interno carece de soberanía para actuar de forma negativa sobre la persona por nacer, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.



Esta Corte deja asentada su preocupación de que se ignore, de un solo golpe, y sin explicación, las fuentes del ordenamiento jurídico internacional desde la “visión argentina”.

**17. PROPUESTA: Las “declaraciones interpretativas” de los tratados y convenciones como “condiciones de su vigencia” que conforman la “visión argentina”**

**CRÍTICA: Las “preocupaciones” del Comité de los Derechos del Niño como conformadoras de una fuente de derecho “preocupacional” por sobre las fuentes constitucionales.**

17º) Que la misma tesitura adopta esta Corte —tal como ya lo ha señalado en el considerando 10º— en relación a la Convención sobre los Derechos del Niño y la crítica que debe hacerse en relación a la fuente citada y argumentada por el bloque mayoritario; nuevamente se invoca la “preocupación” expresada, paradójicamente, por el Comité de los Derechos del Niño respecto de la legislación argentina. Estas “preocupaciones” parecen haberse transformado en fuentes principalísimas y aparentemente derogatorias de toda norma distinta de dicha preocupación y observación. Pareciera que se está conformando un nuevo edificio legal —aunque no jurídico— de índole “preocupacional”<sup>(85)</sup>, que sustituiría al sistema “constitucional”. Lejos está esta Corte de avalar semejante paradigma.

Ya lo hemos dicho y lo repetimos también respecto de la Convención de los Derechos del Niño que es anulada por las observaciones finales y la “preocupación” ya planteada. Repetimos. Por más interesante que resulte la referencia al análisis histórico de los antecedentes de la redacción del Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, así como los alcances que pudiera tener dicha redacción para otras realidades jurídicas, la República Argentina purificó la contaminada redacción desde la “visión argentina” de la defensa de la persona humana inocente.

En cuanto a la “declaración interpretativa” del art. 1º de la Convención, esta Corte ya ha hecho las aclaraciones pertinentes al referirse tanto a la Convención sobre los Derechos del Niño (considerando 10º) como a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (considerando 10º).

Cabe agregar, en relación específica a la Convención sobre los Derechos del Niño, y tal como lo señala María Gattinoni de Mujía, que “...Si bien la protección de la vida desde el momento de la concepción ya se encontraba garantizada en la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 4.1, se consideró necesario formular esta declaración debido a que la expresión ‘en general’ contenida en dicho artículo había dado lugar a algunas dudas

---

(85) El aspecto “preocupacional” indicado se refiere a las “preocupaciones” planteadas por el Comité de los Derechos del Niño respecto de la legislación argentina, y debe ser entendido en ese contexto.



interpretativas en otros ordenamientos jurídicos y en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, y despejando cualquier duda, en la República Argentina el Estado asumió *ad intra* el compromiso de tutelar de modo efectivo el derecho a la vida de cada uno de los seres humanos que se encuentren en su territorio desde el mismo momento de la concepción. Así, se puede afirmar que en el orden jurídico argentino se reconoce que la vida de todo ser humano comienza desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Es decir, que jurídicamente se sigue el criterio biológico y se reconoce que desde ese momento se forma el huevo o cigoto, que se trata de una nueva célula diferente de las que le dieron origen y que contiene toda la información genética del nuevo ser humano que ha comenzado a existir. Se reconoce expresamente entonces, que se trata, efectivamente, de una vida distinta de la de la madre y distinta también de la del padre”<sup>(86)</sup>.

Justamente, las “declaraciones interpretativas” rigen para el derecho interno y conforman manifestaciones claras, consecuentes y contundentes de la “visión argentina” que, sin intención de imponer su postura, conforme al desarrollo y reconocimiento progresivo y floreciente de los derechos, dejó clara la protección constitucional íntegra de la persona humana, desde el momento de la concepción, asentando que “...la protección de cada persona no es simplemente un contenido sumamente importante sino un auténtico elemento *estructural* del Derecho, un factor esencialmente constitutivo de la coexistencia específicamente jurídica. De ahí que las referencias a la dignidad o al valor de la persona que se reconocen en declaraciones, tratados y constituciones no posean sólo un sentido dogmático, sino más bien estructural, básico para su desenvolvimiento dinámico (...)”<sup>(87)</sup>, expresión prístina de la optimización tuitiva de la “visión argentina”.

**18. PROPUESTA: La “voluntad del constituyente” respecto de las “declaraciones interpretativas” en la reforma constitucional de 1994. Las “condiciones de vigencia” de los tratados. El peligro de incurrir en “innocidio”. La operatividad de la Convención de los Derechos del Niño desde la “visión argentina”**

**CRÍTICA: La entidad de las opiniones consultivas: fuentes del derecho o como recomendaciones**

18º) Que si bien esta Corte ya ha analizado la supuesta “voluntad del legislador”, y su relativización obligada, en el caso de la Convención Americana de los Derechos del Hombre en relación a la expresión “en general”, se estima conveniente descubrir cuál fue la “voluntad” del Constituyente de

---

(86) GATTINONI DE MUJÍA, María, “La responsabilidad del Estado Argentino...”, cit.

(87) SERNA, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”, en *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, p. 26, citado en GATTINONI DE MUJÍA, ob. cit.

1994 al debatir la norma que quedaría como art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

En el contexto señalado, Rodolfo Carlos Barra, en su carácter de Convencional Constituyente refiere que “...La doctrina no es pacífica en lo tocante a las *declaraciones interpretativas*, ya que muchos la asimilan a las reservas; otros las consideran ‘parecidas’ a ellas y otros, en fin, advierten diferencias entre ambos actos unilaterales. Si bien la Convención de Viena primó esta última postura, la distinción, en cuanto a los efectos prácticos, no es sustancial, como los hechos posteriores lo han demostrado (...) Se trata, sin duda, de actos jurídicos diversos pero, en ambos casos, lo sustancial es que el Estado formula, al momento de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado, una inequívoca declaración respecto del alcance que otorga a un artículo o al tratado *in genere*, ya sea estableciendo una reserva o bien señalando la hermenéutica que ha de darse a aquéllos...”<sup>(88)</sup>.

Y el contenido, tanto de las reservas como de las declaraciones interpretativas, debe ser entendido en la constitucionalización de los tratados. En efecto, al ser incorporados “en las condiciones de su vigencia”, los tratados rigen —del modo como se encuentran vigentes— en nuestro derecho.

Barra afirma que “...Se trata de una especificación de la máxima importancia ya que nuestro país, al momento de ratificar los instrumentos que aquí se constitucionalizan, ha formulado reservas y declaraciones interpretativas respecto de éstos, de suerte que la vigencia de dichos tratados para con la Argentina han de entenderse —de acuerdo con las prácticas del Derecho Internacional Público— de conformidad con el modo en que nuestro país ‘manifestó su consentimiento’ en obligarse por aquéllos, es decir, de conformidad con la declaración manifestada en el denominado ‘instrumento de ratificación’ y en el que se explicitan las reservas y las declaraciones interpretativas en relación a cada uno de los tratados de que se trate”<sup>(89)</sup>.

Y desde la dogmática constitucional, María Angélica Gelli sostiene que “...Las *condiciones de vigencia* de los tratados indican tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con las reservas respectivas, como el alcance interpretativo dado a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional. El art. 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, determina que la *reserva* es la declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese estado. De su lado, las *declaraciones interpretativas* que formulan los Estados —como bien dice *Bazán*— se asimilan en

---

(88) BARRA, Rodolfo C., “Declaraciones, tratados y convenciones internacionales”, en AA.VV., *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 182.

(89) *Idem*, p. 180.

todos sus efectos a las reservas, en el caso en que impliquen dar un alcance menor a la obligación que emerge del tratado. En cambio si, a través de la declaración interpretativa, el Estado en cuestión se obliga —o entiende obligarse más— esa declaración constituye un deber que asume hacia adentro del propio país...”<sup>(90)</sup>.

“...Por otra parte entender que *las condiciones de vigencia* de los Tratados de Derechos Humanos implica la interpretación que al respecto hagan de ellos los organismos internacionales, suscita el problema de las relaciones del orden jurídico interno con el derecho internacional y del mantenimiento o no de la supremacía de la Corte Suprema frente a la protección internacional de los derechos humanos y las competencias respectivas de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”<sup>(91)</sup>.

Y no obstante que las opiniones consultivas se han transformado en una fuente del derecho interno a la que recurren los tribunales y, en especial, la Corte Suprema, esta Corte ya ha asentado el principio de que no existe deber de los jueces de dar cumplimiento al contenido de las “recomendaciones”, al no tratarse de decisiones vinculantes para el Poder Judicial<sup>(92)</sup>, posición que se reafirma con mayor convicción cuando las recomendaciones restringen la completa protección de la persona humana inocente que se formula desde la “visión argentina” de los derechos humanos.

En efecto, las Naciones Unidas procuran, con su “recomendación”, restringir la defensa de los derechos humanos de uno de los grupos más vulnerables que existen —persona humana concebida en el seno materno—, determinando a la República Argentina a acoger su “preocupación” a efectos de que abandone su coraza de protección absoluta y pase, no sólo a tolerar, sino que le confiera carácter de derecho subjetivo operativo a su aniquilación, con la garantía “cómoda” y “segura” desde el Estado.

Habría que analizar con detenimiento si, a partir de tales recomendaciones —y ni hablar si las Cortes las receptan como fuentes legales por sobre sus Constituciones—, las Naciones Unidas no estarían, de alguna manera, incurriendo en responsabilidad internacional por “innocidio”<sup>(93)</sup> de aque-

---

(90) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y anotada*, t. II, 4ª ed. ampl. y actual., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 222. En igual sentido GATTINONI DE MUJÍA, ob. cit., en cuanto a *las condiciones de su vigencia*.

(91) *Idem*, p. 223.

(92) La Corte se refirió a la recomendación efectuada al país por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Felicetti” (CS F 787 XXXVI 2000) en los términos aludidos (GELLI, ob. cit., pp. 223-224).

(93) Término conformado por *innocentissimum* que significa “el más inocente” en latín y *cidio* que proviene del verbo latino *caedere* que significa matar; así, hasta que se encuentre un término más ajustado, desde el punto de vista del derecho estaríamos ante el crimen de “matar al más inocente”. De ahí la importancia de dejar la doble “n” ya que con una sola “n” el término sería inocente, no el más inocente; *innocentiscidio* nos parece más apropiado pero un tanto complicado.

llas personas humanas —“embriones”— que son protegidos por el derecho argentino y a partir de sus recomendaciones pasan a ser victimizadas y aniquiladas<sup>(94)</sup>.

Así, esta Corte reafirma la plena operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia, esto es, con las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por el Estado argentino.

Conforme a la “visión argentina”, la Convención, en las condiciones de su vigencia, conforma parte del “sistema constitucional” que protege la vida de la persona humana inocente desde su concepción y por tal establece un valladar tuitivo constitucional que se diferencia del “paradigma preocupacional” del *innocidio* que se pretende imponer a todos los inocentes indefensos que habitan, residen o transitan por suelo argentino. En términos prístinos y contundentes de Gattinoni de Mujía “...la República Argentina ha reforzado en su propia constitución los compromisos asumidos con la comunidad internacional y con cada una de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción...”<sup>(95)</sup>.

### **19. PROPUESTA: El carácter de “persona humana” no es una atribución de la ley sino que se es tal conforme a la naturaleza**

#### **CRÍTICA: El “subhumano” como categoría inferior intolerable a la de la persona humana**

19º) Que esta Corte es contundente al afirmar que el carácter de persona humana no es una “atribución” de parte de la ley, sino que la persona es tal

---

(94) El Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha invitado, entre otros países, a Chile a revisar las leyes relativas al aborto con miras a suprimir las disposiciones punitivas (CEDAW/C/CHI/CO/4, §§ 19 y 20); a Paraguay a derogar el delito de aborto (A/51/38, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Fifteenth session, § 131), a Azerbaijan a implementar planes de planificación familiar para eliminar los riesgos de “abortos inseguros” (A/53/38/Rev. I, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Eighteenth and Nineteenth sessions, § 73), a Croacia manifestándole su preocupación debido a que en sus hospitales los médicos se niegan a practicar abortos por oponer razones de conciencia y ha instado al Estado a garantizar el pleno acceso al aborto en esos hospitales (A/53/38/Rev. I, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Eighteenth and Nineteenth sessions, §§ 109 y 117). En el mismo sentido ha instado a Zimbabwe, República Dominicana, México y Panamá (A/51/38, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Fifteenth session, §§ 159, 349, 408 y 199). En igual sentido, ha recomendado a Luxemburgo que se ocupe de liberalizar aún más su ley de aborto (A/55/38, United Nations Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Twenty-second session, § 406), entre muchos casos, conforme detalle de GATTINONI DE MUJÍA, ob. cit., nota 55.

(95) GATTINONI DE MUJÍA, *idem*.

conforme su propia naturaleza y a partir de allí es que el derecho le reconoce —“la” reconoce en— su carácter de persona.

Spaemann lo explica de forma sencilla en estos términos: “...si debe haber algún sentido algo así como derechos humanos, entonces sólo puede haberlos en el supuesto de que nadie esté capacitado para juzgar si yo soy (un) sujeto de tales derechos. Pues la noción de derecho humano indica precisamente que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una captación realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud del propio derecho. En virtud del propio derecho sólo puede significar: en virtud de su pertenencia biológica a la *species homo sapiens*. Cualquier otro criterio convertiría a unos en jueces sobre otros. La sociedad humana se convertiría en un *closed shop* y la noción de derecho humano quedaría eliminada de raíz. Sólo cuando el hombre es reconocido como persona sobre la base de lo que es simplemente por naturaleza, puede decirse que el reconocimiento se dirige al hombre mismo y no a alguien que cae dentro de un concepto que otros han convertido en criterio para el reconocimiento. Como es natural, de aquí se deduce también que todo límite temporal para su reconocimiento inicial como hombre es convencional, y por lo mismo, tiránico”<sup>(96)</sup>.

Dentro de las citadas consideraciones, esta Corte estima incluidas las categorías de “subhumano”, “semihumano” o “embrión”, “feto” o cualquier otra denominación que implique —o cuando se utilice como— una posición de indignidad y des subjetivación y lo coloque en una situación inferior, distinta, a la de persona humana plena, categorías inexistentes —en su sustantivación o en su instrumentalización— para el ordenamiento jurídico argentino.

## **20. PROPUESTA: La interpretación “restrictiva” del art. 86.2 del Código Penal**

20º) Que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente, tal como esta Corte lo viene sosteniendo desde los considerandos 10, 11, 12, 14, 15 y 18 especialmente, conforme una interpretación armónica y hermenéutica de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que conforman una valla de protección de la persona humana inocente desde su concepción —entendida desde su fecundación— y hasta su muerte, el “sistema constitucional”, la “visión argentina” deriva un mandato de índole

---

(96) SPAEMAN, R. “La naturaleza como instancia moral de apelación”, en *El hombre: inmanencia y trascendencia. Actas de las XXV Reuniones filosóficas*, vol. I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, p. 66. Cfr., en igual sentido y del mismo autor, “Sobre el concepto de una naturaleza del hombre”, en *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989, pp. 49-50, citado en GATTINONI DE MUJÍA, ob. cit.

constitucional e internacional inequívoco, que impone la interpretación restrictiva del art. 86, inc. 2º, del Código Penal.

La República Argentina ha asumido un compromiso que conforma una obligación irreversible, que impide que, *a posteriori*, se pretenda brindar una menor protección jurídica. Se tiene especialmente en cuenta que la defensa de la vida desde la concepción se encuentra dentro de los principios de derecho público consagrados en el art. 27 de la Constitución. Tanto el orden público interno, como el orden público internacional, impiden al Estado asumir válidamente un compromiso internacional que permita la privación arbitraria de la vida. De acuerdo con el sistema jurídico argentino, la privación del derecho a la vida de un inocente es, siempre y sin excepciones, una privación arbitraria<sup>(97)</sup> y, como tal, vedada absolutamente.

**21. CRÍTICA: Los “principios” de igualdad y toda forma de discriminación de la mujer, sin tener en consideración la vida del *nasciturus*. El art. 86.2 no fue sancionado con el objetivo de “proteger” a toda víctima de violación. Necesidad de analizar el contexto de la sanción de la norma**

**PROPUESTA: La excepción del art. 86.2 del Código Penal conforma una “causal de no punibilidad” de naturaleza estrictamente “eugenésica” y de “profilaxis social”. Necesidad de analizar el contexto de la sanción de la norma**

21º) Que esta Corte está vedada de abordar los “principios” de igualdad y prohibición de toda forma de discriminación, como ejes del orden jurídico constitucional argentino e internacional, si no se tiene en consideración la igualdad y prohibición de toda forma de discriminación de los niños y niñas concebidos y que aún no han nacido. Actuar desde dicha inteligencia, sin hacer ninguna referencia a esa persona humana, implica su aniquilación ya desde lo discursivo, desde los presupuestos. Ese *untermensch*, “sub” o “semi-humano” ya no existe, y el razonamiento del bloque mayoritario parte de ese supuesto al tratar los temas de igualdad y discriminación. El argumento nace ya decapitado y el árbol venenoso expande sus ramas, viciado.

El bloque mayoritario aduce que, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental, implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación, y que al no corresponder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida.

El razonamiento resulta atractivo. Pero yerra en el eje de la cuestión. De por sí la excepción planteada en el art. 86 del Código Penal resultaba suma-

(97) GATTINONI DE MUJÍA, *idem*.

mente cuestionable, pero no era la mujer embarazada por violación aquello que buscaba ser protegido por la excepción, sino la reproducción de “idiotas o dementes”, según la censurable terminología e idea de *profilaxis social* y *eugenesia* de su tiempo.

A efectos de tener la idea exacta del carácter exclusivamente “eugenésico” y “profiláctico” de la cláusula de “no punibilidad” del art. 86, resulta ilustrativo recordar cuál era la naturaleza del debate en el año 1922, qué es lo que se buscaba evitar, proteger y conseguir a través del dictado de normas de excepción.

En ese contexto, resulta de utilidad seguir una cronología inversa. Así, el Quinto Congreso del Niño (Cuba 1927) había instado a los gobiernos a tener en cuenta que la eficacia de la defensa de los infantes radicaba en preocuparse por la “calidad de los seres, y, por lo tanto, de los elementos que intervienen en la fecundidad espermatozoide y óvulo”, proponiéndose para tal fin una “amplia y positiva profilaxis preconcepcional”. A su vez, el Cuarto Congreso (Chile 1924) se encargó de patrocinar la creación de una oficina central de *eugenesia*. Asimismo, el tercero y segundo de estos eventos, celebrados en 1922 en Brasil y en 1919 en Uruguay, respectivamente, también se explayaron en recomendar un “amplio estudio de los factores básicos de la herencia normal y patológica” y, en general, del “perfeccionamiento integral de la raza”<sup>(98)</sup>. Como puede observarse, el imaginario general tendía, y buscaba, la profilaxis<sup>(99)</sup> del cuerpo social.

A nivel específicamente nacional, uno de los “hitos” de la *eugenesia* argentina de aquel tiempo, que nos muestra cruda y claramente cuál era la situación en que la norma penal fue sancionada, es un texto que “...tiene como título ‘Higiene y proletariado’. Su autor es Víctor Delfino, y se publicó en abril de 1919 (...) En este artículo, incluido en *La Semana Médica*, el objetivo principal del eugenista argentino era presentar un proyecto higiénico para el trabajador y, por extensión, para la sociedad. Era absolutamente necesario en ese momento constituir un obrero consciente de su higiene individual y que contribuyera a la higiene colectiva. Ahora bien, ¿cómo lograr este objetivo? Para los actores sociales eugenésicos, el Estado debería ser asesorado por intelectuales de las asociaciones políticas eugenésicas relacionadas con los órganos estatales.

”Más tarde, en 1923, Delfino escribiría en la misma publicación, *La Semana Médica*, un texto, que, en líneas generales, haría declaraciones más simples sobre el tema de la higiene del obrero, higiene individual y colectiva. En realidad se trata de una edición revisada del texto editado en 1919 en la

---

(98) MIRANDA, Marisa A., “La Argentina en el escenario eugénico internacional”, en AA.VV., MIRANDA, Marisa - VALLEJO, Gustavo (dirs.), *Una historia de la eugenesia. Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1915*, Biblos, Buenos Aires, 2012.

(99) Profilaxis: “t. Med. Preservación de la enfermedad” (RAE, 22ª ed.).



misma revista. 'De otro modo, las mejores medidas, las más sabias, y mejores disposiciones, en una palabra, todos los instrumentos destinados a remediar el mal estado higiénico del proletariado, fracasarían porque las ordenanzas de nada sirve si no se cumplen (...) Para que esto sea posible es necesario cultivar la educación higiénica (...) Si el obrero no ha hecho su conciencia higiénica, si carece de fe y de entusiasmo y se descuida así, por modo lamentable, la ecuación personal que debe constituir la solución del gran problema sociológico de la vida salubre, entonces la ley resulta una imposición más tirana e inútil. Se necesitan, para la cruzada de la higiene del proletariado, hombres inteligentes, y activos y sinceros, que expliquen al obrero mediante nociones elementales impartidas oportunamente los preceptos de la higiene social, tanto más comprensivos cuanto más sencillamente impartidos' (Delfino, Víctor, 'Algunas reflexiones sobre la higiene del obrero,' *La Semana Médica*, 29 de marzo de 1923) (...) Los primeros movimientos para la concreción de una sociedad eugenésica de intelectuales argentinos se manifestaron en 1912..."<sup>(100)</sup>.

En esa misma época, cuando el art. 86, inc. 2º, fue discutido en la Comisión del Senado, se refirió: "...Es la primera vez, agrega, que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado (...) El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia en 1911 se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norteamérica se ha dictado leyes esterilizadoras de criminales y de enfermos mentales (...). Observa Moreno que la segunda Comisión de Códigos de la misma Cámara de Senadores revisó el despacho anterior y propuso que el proyectado inc. 2º se modificase, cambiándose la redacción, tal como ha quedado en el Código actual..."<sup>(101)</sup>.

---

(100) MIRANDA, ob. cit., pp. 78-79.

(101) DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 4ª ed. rev. y reestruct., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 206/208, con cita de MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. III, p. 421. La referencia de la primera Comisión es al inc. 2º con una redacción anterior y algo distinta a la actual (en igual sentido DE TOMASO, Antonio, *Código Penal argentino*, Exposición de Motivos, t. II, 1921, pp. 325-326, citado por BACH DEL CHAZAL, Ricardo, *El aborto en el derecho positivo argentino*, El Derecho, Buenos Aires, 2009, p. 180), quien concluye, a partir de estos motivos que "...Como vemos, las finalidades declaradas por la Comisión de Códigos resultan verdaderamente repugnantes a toda noción de derecho, justicia y aun de humanidad..." y agrega el comentario tomado por Luis Jiménez de Asúa de Gautier: "...¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?..." (*idem*, p. 181; también en Donna).



Surge claramente. El aborto *eugenésico* fue establecido como una excepción a la regla de prohibición de aborto, fundada en motivos *eugenésicos* y *profilácticos*, propios de su época, muy específicos, gravemente cuestionables y que hoy se nos aparecen como imposibles de aceptar.

Es un error darle a una excepción, y menos aún esa excepción historicista, el carácter de regla a los efectos de extender su aplicación a casos distintos de los contemplados, en el caso del art. 86, a supuestos no específicamente *eugenésicos*.

Una “igualdad” *ad absurdum* nos llevaría a que el edificio de exterminio debería, previo a practicar el aborto, transformar a las mujeres en “idiotas o dementes” y después realizar el aborto. Pero ni aun en ese ridículo supuesto se cumpliría con el objetivo de la norma formal, puesto que esas mujeres no engendrarían, necesariamente, personas “idiotas o dementes”, ya que tal carácter habría aparecido con posterioridad a la conformación del ADN de la persona humana en el vientre materno.

Reiteramos. El art. 86.2 no fue sancionado para actuar sobre la víctima de violación en sí; ni siquiera el carácter “idiotas o dementes” de la víctima. Por el contrario, constituye una medida de tipo *eugenésico*, de acuerdo con los antecedentes que esta Corte ha referido *supra*, y es en esos términos que, únicamente, puede cobrar operatividad.

## **22. PROPUESTA: Alcances y límites del art. 86, inc. 2º, del Código Penal. No conforma un “derecho” sino una “cláusula de no punibilidad”**

### **CRÍTICA: El aborto como un “derecho” consagrado en el art. 86.2 del Código Penal, protegido desde el art. 19 de la Constitución Nacional**

22º) Que esta Corte ya ha dejado asentado el presupuesto antropológico y metafísico que conforma el Estado constitucional de derecho. Ha deconstruido y reconstruido paso a paso el “sistema constitucional” que conforma la “visión argentina” de protección de la persona humana inocente desde su estándar mínimo. Ha señalado el carácter estrictamente *eugenésico* de la creación del art. 86, inc. 2º, del Código Penal.

Corresponde, ahora, profundizar y dejar asentada la posición respecto de la discusión acerca de los límites y alcances de la cláusula contenida en el art. 86, inc. 2º, del Código Penal, y la hermenéutica relativa a los denominados *abortos no punibles*. Y no pretende crear *ex nihilo* formulaciones novedosas, en particular cuando hace noventa años que se está pujando sobre este punto<sup>(102)</sup>.

---

(102) Seguiré de forma casi textual la postura desarrollada por MAHIQUES, Carlos A. - GRASSI, Adrián P., “El fallo ‘F. A. L.’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre la *lex* y el *ius*”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 7/2012 —julio 2012—, AbeledoPerrot, Buenos Aires, pp. 1165/1168, *passim*, para el presente considerando.

En su génesis, se plantea el histórico entendimiento de aquellos que estimaban limitado el supuesto 2 del art. 86 al aborto eugenésico, de aquéllos otros que inferían incluido el llamado aborto sentimental. Tradicionalmente se otorgó a dichas cláusulas incluidas en ambos incisos del art. 86, en virtud de las cuales se determina la *no punibilidad* de un aborto, la condición de “excusas absolutorias”, y, en tiempos más recientes de “cláusulas de no punibilidad”. A partir de estos “institutos”, el Estado, en ejercicio de una opción político-criminal, decide omitir la aplicación de una pena ante un hecho que resulta típico, antijurídico y culpable, con el propósito de obtener un fin que privilegia social y políticamente por sobre el ejercicio de su potestad punitiva.

Desde esta perspectiva, tales previsiones no tendrían por finalidad consagrar un “derecho” a realizar —en tanto actividad lícita— una conducta que no lo es. No parece ser la razón político-criminal de la excusa absoluta fijar un permiso *ex ante*, sino impedir la persecución penal luego de constatado la comisión del aborto típicamente relevante, en cuyo caso será el juez interviniente quien decidirá su operatividad según se verifique o no el supuesto de hecho correspondiente.

Esta Corte no puede avalar bajo ningún pretexto ni punto de vista la existencia de un “derecho” de toda víctima de violación de acceder a la práctica abortiva. El bloque mayoritario lo hace en los considerandos 17, 21 y 23, en este último caso, calificado como un “derecho expresamente reconocido por el legislador en el art. 86, inc. 2º, del Código Penal”.

Esta Corte entiende que entender a la cláusula contenida en el precepto citado como un derecho a practicar el aborto, implica desentenderse de la naturaleza y fundamento de la norma, que no consagra “derechos” sino supuestos de exclusión del espacio penal a situaciones que, por motivos diversos (riesgo para la víctima, razones humanitarias, etc.), persuaden al legislador de que son merecedoras de pena. En esa línea argumental, debe concluirse que el supuesto normativo del art. 86, inc. 2º, del Código Penal es un *permiso* y no un “derecho”. Y al ser un *permiso* no opera *ex ante* sino ante la constatación de la comisión del aborto.

Es que ante la consagración de este supuesto *extra legem* de ejercicio de un “derecho”, el razonamiento correcto lleva al lógico resultado de la derogación del art. 86, puesto que carece de sentido dejar asentada una cláusula de eximición de pena para una conducta que ya estaría justificada. Se está a un paso, solo a un paso de dejar abierta la vía para una despenalización judicial del aborto del art. 85 y ss. del Código Penal.

Por ello, deducir que la “cláusula de no punibilidad”, suerte de “permiso” *sui generis*, implica consagrar un “derecho” subjetivo anclado en el principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto a que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley; ni privado de lo que ella no prohíbe”, es un razonamiento forzado, débil y equivocado, que, desde la “visión argentina”, debe ser rechazado por esta Corte, por

resultar violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de los Derechos del Niño, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y de la Constitución Nacional.

**23. CRÍTICA: La interpretación “amplia” del art. 86.2 del Código Penal sobre la base de los “principios” de “estricta legalidad”, *pro homine* y *ultima ratio* es inadecuada. La interpretación estricta de una cláusula de no punibilidad no amplía el castigo penal. No hay un “derecho subjetivo” al aborto**

**PROPUESTA: Las excepciones deben ser interpretadas con carácter estricto. No hay un “derecho subjetivo” al aborto**

23º) Que esta Corte no puede adoptar, a partir de una errónea consideración de los principios de “estricta legalidad” y *pro homine*, la interpretación amplia de este supuesto normativo. Si así se hiciera, el *nasciturus* habría dejado de ser sujeto de derecho, habría dejado de ser incluso objeto de derecho, se habría esfumado como una “variable” inexistente en todo el razonamiento.

No enmienda el error anclarse, como lo hace el bloque mayoritario, al principio de *ultima ratio* del derecho penal y a “...privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...”, con cita de fallos de la Corte. Y con un carácter transitivo más que precario concluye que “...Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario —que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental— amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica...”

El metalenguaje del razonamiento parte, sin explicación, de presupuestos errados, juega con citas de fallos fuera de contexto que transforma en generalizaciones que toma como principios que se convierten en axiomas para derivar conclusiones “obvias” que enturbian el vuelo racional y argumental que debe distinguir a esta Corte.

El argumento está tan trastornado que esta Corte no sabe ya ni por dónde comenzar. Considerar que la exégesis de interpretación estricta de una cláusula de no punibilidad amplía el castigo penal, constituye un absurdo. Cuando se señalan excepciones, el castigo penal recae sobre todos los supuestos, excepto el que se señala. Y desde ya que las excepciones, cuando están especificadas en sus características, deben ser interpretadas de forma estricta, justamente porque los demás supuestos recaen en la norma general.

No existe un “derecho” subjetivo, en el derecho argentino, a eliminar a una persona humana inocente; la excepción eugenésica no configura un

“derecho” sino una excepción puntual, histórica e historicista, de no punibilidad. Cualquier interpretación ampliatoria de la excepción está reñida con la idea de un Estado constitucional de derecho, en general, y con la “visión argentina” de protección de la vida humana, en particular.

#### **24. CRÍTICA: El recurso a la “atención médica integral” a toda víctima de violación**

##### **PROPUESTA: La dignidad del *nasciturus* no puede ser ignorada en un Estado constitucional de derecho**

24º) Que el bloque mayoritario afirma que el Estado está obligado a brindar atención médica integral a toda víctima de violación y en ese contexto enmarca el supuesto “derecho” al aborto que el art. 86.2 consagraría a toda víctima de violación.

Ya esta Corte ha sostenido que no debe confundirse la expansión infinita de las pretensiones subjetivas con la existencia de un derecho. Además, la Corte ha dicho que no existen derechos absolutos y una excepción, una “cláusula de no punibilidad”, no puede mutar en un derecho. Por cierto, la atención médica integral no puede incluir nunca el derecho subjetivo —y menos aún la obligación estatal, o privada— de aniquilar a una persona humana inocente.

Pero el bloque mayoritario no asume el riesgo de su afirmación. En ningún momento refiere ponderar vidas. Ni siquiera lo consideran. Ni siquiera citan los antecedentes de la propia Corte sobre el origen y carácter de la persona humana y aducen que no son aplicables sus conceptos al supuesto de autos. Una vez categorizado el *nasciturus* como “sub” o “semihumano”, se lo ignora por completo; listo. Sólo se habla de igualdad de víctimas de violación. Nunca de igualdad al derecho a la vida o a la protección de la vida. La mensuración no hubiera sido feliz, aunque el esfuerzo, al menos, puede reconocerse; otro camino ha tomado el bloque minoritario, en un intento de ponderación, sin éxito. Ya nos detendremos sobre sus considerandos.

Por eso se refieren a algo distinto cuando recuerdan que las víctimas de violencia sexual conforman un verdadero “grupo de riesgo”, pretendiendo así asimilarlo al de las víctimas de violencia sexual “idiotas o dementes”, haciendo un carácter transitivo de situaciones distintas, no en cuanto a la tragedia, sino en cuanto a la excepción de no punibilidad prevista específicamente por la norma.

Esta Corte tiene en consideración que el Estado constitucional de derecho exige, en algunos casos, sacrificios. Existen ejemplos antipáticos. Por ejemplo, presentarse en armas a una batalla, con el riesgo cierto de ser mutilado e, incluso, con el riesgo cierto de dar la vida por la patria. No parece atinada la afirmación en abstracto de que se impide exigir a las personas que

realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar. El ordenamiento jurídico lo hace.

El bloque mayoritario insinúa, nuevamente, una ponderación, sin mencionarla. La existencia de una persona humana es un “dato” que no puede ser ignorado en la premisa. A partir de la existencia de esta persona humana no existe un derecho a aniquilarla. No es el Estado, el bien común, un bien colectivo o “beneficio” de otras aquello que impone el enorme sacrificio de llevar el embarazo a término. Es la existencia de una persona humana inocente que goza de la dignidad de tal desde el instante preciso de su existencia y cuyo carácter no puede ser desconocido o ignorado ni por los Estados, ni por los bienes colectivos, ni por el bien común, ni por otras personas.

Pareciera que, a partir de la defensa de la persona humana desde la concepción, esta Corte se alegrara con la desgracia de la víctima de violación. La falaz simplificación no debe admitirse. El profundo dolor, la marca desgarradora e inconmensurable del padecimiento de la víctima de violación es entendido desde lo humano, contenido desde lo físico y lo psicológico y defendido desde lo jurídico. Desde ya que la pretensión de exigir llevar a término un embarazo, consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, es desproporcionado.

Pero debemos ser cuidadosos y preguntarnos: ¿desproporcionado respecto de qué? ¿Respecto de la situación previa a la violación?: desde ya. ¿Respecto de la impunidad del violador?: desde ya. ¿Respecto de la desproporción entre el máximo de pena que puede recibir el violador y la situación de la víctima?: desde ya. Pero no resulta mensurable o relacionable a la persona humana producto del hecho aberrante. Ya es persona y su dignidad de tal impide su cosificación, por lo que no existe relación posible que permita una suerte de proporcionalidad resarcitoria de disponibilidad de la vida humana. No es desproporcionado... simplemente no hay proporción porque no son relacionables. Ya hemos asentado la posición de esta Corte respecto de lo inadecuado criterio del “balance” de derechos entendido como ponderación (considerando 7º), y el análisis será profundizado *infra* (considerandos 25, 26 y 28).

## **25. CRÍTICA: El balance, o ponderación de derechos, y el conflictivismo en la postura del bloque minoritario**

### **PROPUESTA: La “armonización de derechos” como propuesta**

25º) Que tal como hemos referido en el considerando 7º, resulta imprescindible analizar también la postura del bloque minoritario, compuesto por los votos de la Dra. Argibay y por el Dr. Petracchi —considerandos 23 a 27—. Si bien la solución de la primera es igual a la del bloque mayoritario y la del segundo es distinta, los argumentos de ambos ministros son coincidentes, lo que habilita a tratarlos como un todo.

Por un lado, de manera coincidente con el bloque mayoritario, “igualan” a las víctimas de ataque contra su integridad sexual que han quedado embarazadas, prescindiendo de su carácter de “idiotas o dementes” según la ya cuestionada letra de la ley.

Asimismo, sostienen que en tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervinientes tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico constituye una valoración propia de su competencia.

Entienden que la excepción del art. 86.2 cumple con el estándar de validez constitucional, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer.

Fuerzan el juicio de “ponderación” en estos términos: la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena) y sumar a ello la consideración de que el ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (la interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma, por lo que se cumple con los estándares constitucionales, no parece un razonamiento adecuado.

Afirman que “...debe quedar en claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales con las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante...”

Es opinión de esta Corte que el bloque minoritario equivoca el camino al intentar una “ponderación de derechos en conflicto”, estimando que el legislador cumple con las pautas constitucionales al elegir no penar la conducta abortiva de las mujeres embarazadas producto de un ataque a su integridad sexual. En efecto, el Legislador está vedado a legislar aniquilando la vida de una persona humana inocente.

Recordemos que la “cláusulas de no punibilidad” del art. 86, 2º, del Código Penal no constituye un derecho humano de la madre anclado en el art. 19 de la Constitución Nacional, operativo para matar a la persona humana inocente concebida en su vientre, sino una suerte de “perdón” *ex post* que el

Legislador ha sancionado por una cuestión de política criminal que, más pronto que tarde, debería ser revisada.

Ya nos hemos explayado respecto de porqué no es posible entender que el fundamento del principio de igualdad entre víctimas sexuales, “idiotas o dementes”, de las que no lo son, habilita a entender que se conforma un verdadero derecho a abortar en las excepciones de punibilidad que contempla la norma. Las excepciones deben ser interpretadas, siempre, de manera restrictiva y no puede soslayarse que fue y está planteada, exclusivamente, en términos de *eugenesia* y *profilaxis* social de endeble sostén actual.

Y hay algo que debe quedar perfectamente en claro: la postura del bloque minoritario “sí” implica una preferencia absoluta de un bien jurídico sobre el otro, en este caso la situación de la madre sobre la vida del hijo, y aniquila la tutela legal del *nasciturus* a través de la interpretación amplia de la ley vigente. No es admisible que, aun ante circunstancias excepcionales, el propio Código Penal afecte la vida del niño como única vía para salvaguardar la situación de la madre. La pretendida “ponderación” siempre trae al mismo ganador y siempre presenta al mismo perdedor. El eterno derrotado paga el pecado de su existencia con su vida.

Se intenta solucionar el caso a través de la dialéctica<sup>(103)</sup> del conflicto, “imaginario” hegemónico en la materia. Esta Corte entiende que el “conflictivismo” no ha presentado una solución adecuada para el caso de autos. Es más, esta Corte entiende que el paradigma conflictivista presenta algunos inconvenientes que llevan a forzar los razonamientos y termina siendo inadecuado para un Estado constitucional de derecho.

Por el contrario, esta Corte sostiene la postura de “armonización de los derechos” como paradigma natural al Estado constitucional de derecho. Esta visión implica que el juez debe descubrir<sup>(104)</sup> la verdadera entidad de

---

(103) Considero que es la “izquierda hegeliana” la que ha hegemonizado la concepción “dialéctica” de *conflicto*. “El hegelianismo es un sistema absoluto: un intento de filosofía total cuyo motor es el movimiento dialéctico de las ideas. (...) Se podría afirmar que (...) la izquierda (hegeliana) hereda el método, la dialéctica. También podría considerarse que, si para Hegel la *Aufhebung*, la mediación de la síntesis, es por un lado abolir y superar, pero por el otro es también conservar, la izquierda toma sólo el aspecto revolucionario de la abolición y la superación” (FAZIO, Mariano, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, 2ª ed., Rialp, Madrid, 2007, pp. 222/224).

(104) Como sostiene Cianciardo: “El contenido del derecho fundamental es a la vez encontrado y creado por el operador jurídico. Es encontrado porque el operador ‘descubre’ el principio y los principios opuestos. Y es creado porque en la elaboración de la regla —que será causa de derecho fundamental— interviene el arbitrio con los límites que proporcionan los principios a través de la aplicación del juicio de razonabilidad. Todo derecho resulta así nítido gracias a una delimitación, que no es ya recorte externo sino manifestación del perfil propio” (CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 300/302).



los derechos en juego, evaluar la afectación del bien jurídico, la responsabilidad de los sujetos, imponer las consecuencias jurídicas y restablecer el orden jurídico.

Hay que correr el velo: la Corte determina una nueva categoría: la de subhumano o semihumano, cuya existencia se subordina a las pretensiones autonómicas de las personas humanas nacidas. Ello en razón de que la existencia de los subhumanos se estima como menos valiosa que cualquier “derecho subjetivo” de la persona nacida. Esta Corte no puede, bajo ningún concepto, sostener semejante aberración. La categoría de *untermenschen* debe ser definitivamente erradicada de la faz de la Tierra.

## **26. PROPUESTA: La “armonización” de derechos como paradigma adecuado al Estado constitucional de derecho**

### **CRÍTICA: El conflictivismo como paradigma inadecuado en el Estado constitucional de derecho**

26º) Que, tal como hemos señalado en el considerando 7º, corresponde, por un lado, ahondar en la crítica de las visiones “conflictivista” y de “balance” de derechos y, por el otro, reafirmar el paradigma que esta Corte entiende adecuado al Estado constitucional de derecho: el de la “armonización” de derechos.

En relación al “conflictivismo”, la consideración del hombre, como un ser autónomo e ilimitadamente libre, produjo primero los derechos humanos, y luego, el positivismo jurídico. Los derechos humanos fueron concebidos como expresión de un hipotético derecho general de libertad absoluta, extensible voluntariamente al todo. Debía asegurarse tanta libertad a cada uno como fuera posible. Este esquema llevaría a la realidad práctica: un mundo jurídico plagado de conflictos entre los diferentes derechos. Las libertades “desteleologizadas” y transformadas en derechos se enfrentan unas a otras. No podía ser de otro modo: cada una de ellas tiene en su seno una vocación expansiva en principio ilimitada. Lo dicho permite advertir que los conflictos aparecen como inevitables<sup>(105)</sup>.

Sin ontología, lo más propio de lo jurídico, a saber, su capacidad de ordenar las relaciones humanas, permanece incomprensible y degenera en imposición de los poderosos o, en el mejor de los casos, de la mayoría<sup>(106)</sup>. Si los derechos son facultades ilimitadas, desvinculadas de todo fundamento ontológico, resulta inevitable que choquen entre sí. Lo mismo ocurrirá si se los identifica con las normas. La vida jurídica quedará reducida a conflictos de derechos<sup>(107)</sup>.

(105) CIANCIARDO, ob. cit., pp. 178/179.

(106) *Idem*, p. 180.

(107) Como contrapartida Zaffaroni, Alagia y Slokar afirman que “...El estado de derecho contiene los impulsos del estado de policía que encierra, en la medida



Y esta Corte se pregunta: ¿realmente existen los conflictos de derechos, en particular cuando parecen existir derechos “tendencialmente opuestos” y otros que no lo son?; la respuesta es que, en realidad, no se trata propiamente de “conflictos”, sino de tensión de derechos con puntos de contacto. Los conflictos son aparentes entre los *derechos*, y real la tensión entre los *intereses subjetivos y las pretensiones procesales*<sup>(108)</sup>.

Esta Corte reafirma que la aproximación que corresponde hacer, en lugar de la de los derechos en *conflicto*, es la de los derechos que *coexisten*. Los derechos se tienen *con* los demás y *en* la comunidad que cada titular de derechos habita. El punto de partida para la interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armonía, no su contradicción<sup>(109)</sup>.

En ese “campo de batalla de intereses competidores”, el resultado es que, en gran parte, la resolución de los litigios constitucionales pasa hoy por la elección de uno de los bienes en juego y la preterición o anulación del otro. Pero las denominadas colisiones no son irreductibles y la dicotomía no es insalvable<sup>(110)</sup>.

Resulta evidente lo inadecuado que resulta la postura conflictivista para componer una visión del derecho desde un Estado constitucional de derecho; el paradigma del Estado Constitucional Posmoderno, así planteado, no debe aceptarse ni como hegemónico, ni como dominante, y debe reafirmarse el análisis armónico de los derechos como el sistema tuitivo del “estándar mínimo” de la persona humana inocente.

Ése debe ser tenido por punto de partida, y las tensiones entre las pretensiones deben resolverse prudentemente, analizando el núcleo esencial de cada derecho en sí y en sentido armónico con los demás: tal será la entidad de cada derecho; ni más, ni menos, y ése será el ámbito de protección, ni más, ni menos.

---

en que resuelve mejor los conflictos (provee mayor paz social). El poder punitivo no resuelve los conflictos (...) Como máximo puede aspirar a suspenderlos, dejando que el tiempo los disuelva, lo que dista mucho de ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto (lo petrifica) y la dinámica social, que continúa su curso, lo erosiona hasta disolverlo. Un número exagerado de formaciones pétreas puesto en el camino de la dinámica social, tiene el efecto de alterar su curso y de generar peligrosas represas. El volumen de conflictos suspendidos por un estado guardará relación inversa con su vocación de proveedor de paz social y, por ende, será indicador de su fortaleza como estado de derecho” (*Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 6).

(108) Postura desarrollada y sostenida por Fernando Toller.

(109) *Ibidem*, p. 39.

(110) TOLLER, Fernando - SERNA, Pedro, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 3 y 5.

**27. PROPUESTA: La Constitución Nacional como escudo de protección y esperanza del ser humano. El “derecho dúctil”. El “contenido esencial” como pauta para resolver las tensiones**

27º) Quedan explícitos los vicios de razonamiento del bloque minoritario. Esta Corte sostiene que es la “armonización de derechos” la visión ajustada a un Estado constitucional de derecho frente al “conflicto de derechos” y a su “ponderación”.

El legislador no tiene competencia para sacrificar la vida de una persona humana inocente en aras de una pretensión disfrazada en derecho que no es tal. La madre no tiene derecho a sacrificar la vida de una persona humana inocente, ni siquiera si es producto de una violación. No existe un punto medio.

Desde la idea operativa de “armonía de derechos” no es posible hablar de conflictos iusfundamentales. Los derechos, como objetos exigidos por la naturaleza humana, nacen ajustados unos con otros. La convergencia de intereses contradictorios sobre el mismo objeto no invalida la afirmación anterior, porque los intereses, las aspiraciones, no son *per se* derecho, y porque la sociabilidad forma parte de la naturaleza humana. Cada derecho no es antisocial, ni puede ser reconocido prescindiendo de las exigencias —básicas, en el caso de los derechos fundamentales— de las demás personas<sup>(111)</sup>.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, no constituye una buena técnica establecer o realizar limitaciones, jerarquías y balances que prioricen un derecho fundamental sobre otro. Por ello, para resolver los conflictos, los jueces debemos determinar el modo de armonizar los derechos aparentemente en pugna, cuidando que el ejercicio legítimo de ninguno de ellos sea destruido por el otro y buscando en cada litigio el mejor *ajustamiento* posible de los bienes en juego<sup>(112)</sup>.

Conforme a esta postura, esta Corte afirma que la Constitución debe ser entendida como red o escudo dentro de la que todos los derechos están llamados a converger; es decir, que el ordenamiento jurídico es tenido más como coraza dentro de la cual la persona humana puede cobijarse desde su concepción hasta su muerte. Ello teniendo especialmente en cuenta la coexistencia de valores y principios sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución, que exige que cada uno de los valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir; con una excepción: el respeto a la vida de toda persona inocente.

La Constitución Nacional, así entendida, es, fundamentalmente, una “esperanza”. Es una verdadera “esperanza” para todo ser humano —“todos

---

(111) *Idem*, p. 302.

(112) TOLLER - SERNA, ob. cit., pp. 40 y ss.

los hombres del mundo”—, en la que encuentra protección absoluta de su dignidad como persona humana en toda su existencia, desde la concepción y hasta su muerte.

Es el sentido del “derecho dúctil”, en idea de Zagrebelsky, que debe entenderse como idea esencial en los Estados constitucionales, y que se asocia con las ideas de coexistencia y compromiso, que derivan en el intento de realizar “positivamente” la “concordancia práctica” de las diversidades. “Positivamente: no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto”<sup>(113)</sup>.

Esta Corte se pregunta: ¿cómo resulta posible obtener una interpretación constitucional que conduzca a dicha compatibilidad?<sup>(114)</sup>.

La primera pauta hermenéutica para resolver las tensiones será distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y buscar la armonización en el nivel de los derechos, no de las meras normas. Dicho de otro modo, se tratará de superar —en los casos de conflicto— la interpretación literal de las normas iusfundamentales, dando entrada a los derechos por vía de una interpretación dirigida al fundamento de la norma, concretamente de una interpretación teleológica y sistemática.

Esta interpretación, aplicada a los derechos fundamentales, es lo que habitualmente se conoce como determinación del “contenido esencial” del derecho. Se trata de buscar las formas de compatibilidad que respeten el núcleo esencial de cada uno de los derechos, solucionando del modo más ajustado posible la controversia y evitando que se vea frustrado el ejercicio legítimo de alguno de ellos. Esto es posible si se conciben los derechos no como pretensiones abstractas e individualistas de expansión infinita, sino como facultades orientadas por un determinado fin que se da en el marco de la convivencia social, esto es, si los derechos son pensados como armónicos.

Determinar el *contenido esencial* es mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y esferas de funcionamiento razonable.

En el caso específico que dio origen al planteo jurídico, no resulta difícil determinar el contenido esencial del derecho “vida humana” del *nasciturus*

---

(113) ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 9ª ed., Trotta, Madrid, 2009, pp. 14/16, con algunas modificaciones.

(114) En sentido similar, CSJN, “Larocca”, Fallos 259:403 (1964), consid. 8, donde, tras sostener que la regulación legal no puede *afectar* ningún derecho constitucional se señaló que “cuando los derechos constitucionales se ejercen en su auténtico sentido, media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lastimar el ejercicio de los otros”.

como necesariamente armónico con la situación de gestación por parte de la madre que no es “idiota” ni “demente”.

La construcción realizada en la presente disidencia determina con claridad que el supuesto *derecho* de la madre a abortar no encuentra cabida ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en la Convención sobre los Derechos del Niño, ni en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ni en ninguna parte de la Constitución Nacional, conforme a la “condición de vigencia” de dichos tratados que constituyen la “visión argentina” de protección de la persona humana inocente desde la concepción.

La persona humana, por su parte, tiene garantizado su derecho a vivir. La madre no es una mujer “idiota” ni “demente”; por lo que el perdón del art. 86.2 no resulta pertinente.

He ahí la solución del caso.

Pero puesto que el caso resulta abstracto en razón de que el niño ya fue abortado, corresponde realizar algunas precisiones sobre la cláusula de “no punibilidad”, el “derecho de consulta” y la incitación a forzar los límites de exclusión de punibilidad. Por último, se señalarán algunas conclusiones y recapitulación, y una propuesta final.

## **28. PROPUESTA: El test de las autoridades médicas para estar comprendidas en las “cláusulas de no punibilidad”**

### **CRÍTICA: La inexistencia de un derecho de consulta**

28º) Que sin perjuicio de lo expuesto en relación a la “visión argentina”, lo cierto es que el art. 86, inc. 2º, existe. En tal sentido, esta Corte no cesará de afirmar que por tratarse de una cláusula de no punibilidad, la norma mantiene enhiesta la protección de la vida de la persona humana desde su concepción, el *permiso sui generis* que allí se establece debe ser entendido como de carácter restrictivo. Esta afirmación debe entenderse, exclusivamente, en los parámetros del supuesto planteado, lo que significa que no ata a esta Corte a expedirse de manera más contundente y de acuerdo con una consideración expansiva y floreciente de los derechos de la persona humana concebida y por nacer, en casos en que se cuestione, por poner un ejemplo, la constitucionalidad o convencionalidad de la norma permisiva.

En tal sentido, y mientras ésta exista, resulta imprescindible que las autoridades médicas verifiquen, de modo acumulativo: 1. Que se ha producido el acceso carnal a una mujer idiota o demente; 2. Que de ese acceso carnal se ha producido un embarazo; 3. Que existe una denuncia penal contra el sujeto activo del delito contra la integridad sexual; 4. Que existe un cierto nivel de afectación de la salud física o psicológica de la mujer embarazada.

El punto 4, la existencia de un cierto nivel de afectación de la salud física o psicológica de la mujer embarazada, se exige a partir de que la práctica abortiva determina otra lesión de mayúscula entidad como lo es la vida del concebido. No tendría justificación alguna la causación de una muerte sin que ella, a su vez, responda a la evitación de otros daños o lesiones que revisitan importancia tal como para legitimar dicha decisión<sup>(115)</sup>.

Ante el citado panorama, si hubiera alguna duda para el personal médico interviniente, respecto de que existe un “permiso” para que en esas condiciones se excluya de punibilidad un aborto, se podrá formular la consulta judicial que podrá ser revisada antes de ser ejecutiva.

Esta Corte es consciente de que el ordenamiento jurídico argentino no prevé un derecho de consulta, pero la alternativa del análisis *ex post* y ante el hecho consumado, exige de este tribunal un esfuerzo especial que permita llegar a una solución humana cuyos parámetros superen la dicotomía: condena o perdón *ex post*, producido el aborto, pudiendo evitarse la comisión de un delito.

En caso de que la consulta se considere viable, y se afirme judicialmente que se verifica la “cláusula de no punibilidad”, el profesional actuará con un excepcional “perdón” concedido desde el derecho positivo, aun cuando entendemos que, en teoría, el perdón debería operar con posterioridad al hecho.

Resulta imprescindible dejar asentado que las instituciones hospitalarias que intervengan en las prácticas abortivas en las que existe una “cláusula de no punibilidad”, deberán permitir que los profesionales médicos ejerzan su derecho a la “objeción de conciencia” para realizar prácticas abortivas, la que deberá ser expresada por el profesional médico al momento de vincularse a la institución hospitalaria o servir a la obra social, o a partir de la vigencia del presente fallo.

La actividad de todo magistrado o cuerpo colegiado, al actuar como tal, puede comprender circunstancias con las que personalmente festeja, adhiere, le son indiferentes, tolera, detesta o repugna, pero que está obligado a entender desde la Constitución y el derecho en el límite de su competencia. Lo que no puede hacer es atrincherarse detrás del principio del *non liquet*: está llamado a pronunciarse.

Esta Corte —y este magistrado en particular— hubiera visto con buenos ojos que el planteo de constitucionalidad y convencionalidad de la existencia de las cláusulas de no punibilidad del art. 86, se hubieran visto incluidas en los planteos del caso, a efectos de definir dónde hay ley y dónde hay derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

---

(115) Del voto en disidencia del Dr. Carlos A. Mahiques, como conjuez en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en causa ac. 98830, “L. M. R. ‘NN’ persona por nacer. Protección. Denuncia”, rta. el 31/7/2006.

Ante ese panorama, el tribunal se encuentra vigilante y a la expectativa de que, eventualmente, se plantee un caso en el que se cuestione la constitucionalidad de los “permisos” del art. 86. En caso de que dicho planteo llegue a esta instancia superior, seguramente se dará un rico debate que, tal vez, permita analizar la dimensión de la sustancia tuitiva de la protección de la vida humana desde la concepción en nuestro ordenamiento jurídico y si la operatividad de “cláusulas de no punibilidad” hacen incurrir, o no, al Estado argentino en responsabilidad internacional. La posibilidad cierta, en razón de algunos planteos realizados hace muy poco tiempo en las Cortes provinciales, anuncian una inminente discusión sobre el tópico.

Pero hasta que tal situación no se presente, la interpretación “restrictiva” de las “cláusulas de no punibilidad”, para ciertas prácticas abortivas, continúa vigente y la consulta, aun ante la paradoja de que si se tratara de un acto permitido no habría nada que opinar y si se tratara de un delito no habría nada que autorizar, debe implementarse de forma pretoriana en este contexto.

## **29. CRÍTICA: La incitación a forzar los límites de las cláusulas de exclusión de punibilidad del art. 86.2 del Código Penal**

### **PROPUESTA: La aplicación de sanciones administrativas y penales**

29º) Que esta Corte observa con inquietud la incitación desmedida por parte de personas físicas y jurídicas a forzar los límites de las cláusulas de exclusión de punibilidad del art. 86, inc. 2º, del Código Penal, y desnaturalizar su carácter disculpante transformando a la norma en un derecho operativo.

También alarma la actitud de ciertos profesionales de la salud que, en violación a su juramento hipocrático, parecen fabricar los antecedentes de ciertos supuestos fácticos a efectos de que sus actividades queden comprendidas en el “permiso” normativo. En idéntico orden, sospecha con angustia de la actividad de ciertos magistrados inescrupulosos que parecen simular la existencia de los requisitos de no punibilidad, para permitir la práctica de abortos ilegales.

Cualquiera de los intervinientes en la cadena, de forma aislada o en conjunto, que atenten contra la vida de una persona humana por nacer mediante la afirmación de una falsedad o negación o silencio de la verdad, deberán responder a las sanciones de carácter administrativo y penal y deberá recaer sobre ellos todo el rigor de la ley.

Por otra parte, la mera posibilidad de que se actúe de la manera descrita, incluso la probabilidad o aun hechos consumados específicos, no pueden llevar a esta Corte a impedir que aquellos profesionales de la salud, que eventualmente debieran responder penalmente con penas de prisión e inhabilitación, realicen —en las actuales circunstancias— la consulta judicial en los casos en que se den todos los requisitos configuradores de las cláusulas de exclusión de punibilidad.

Esta Corte se encuentra, en este punto, ante una paradoja evidente. Sin embargo, se procura dar alguna solución temporaria hasta que se habilite a discutir la pertinencia del art. 86 del Código Penal. Se está hablando de salvar vidas que, de adoptar una postura estrictamente dogmática, se verían aniquiladas.

Es por eso que se propugna la consulta sobre la eventualidad del perdón, tal como se viene haciendo en muchos casos. En ese sentido, los profesionales médicos deberán señalar de forma clara, precisa y sintética, la duda que los aqueja para proceder de forma perdonada por el derecho.

La sospecha de que magistrados inescrupulosos simulen la existencia de los requisitos de no punibilidad, para permitir la práctica de abortos ilegales a partir de “permisos fabricados”, no puede llevar a esta Corte a impedir que aquellos profesionales de la salud que eventualmente debieran responder penalmente con penas de prisión e inhabilitación, realicen la consulta en aquellos casos en que se den todas las circunstancias apuntadas como configuradoras de las cláusulas de exclusión de punibilidad.

### 30. Recapitulación. Algunas conclusiones

30º) Por un lado, una recapitulación sintética nos lleva a afirmar que

1. La libertad abstracta, o “autonomía”, no constituye un bien para el hombre.

2. El “conflicto” sólo puede ser entendido como conflicto de pretensiones, no de derechos subjetivos; aquellos que pretenden la “ponderación” o “balance” de derechos también debe entenderse que, en realidad, lo hacen con relación a las *pretensiones* o de los *principios*, pero no de los derechos<sup>(116)</sup>.

3. Los derechos protegen bienes humanos que, en la medida que lo son, conforman un conjunto armónico.

4. Si se toma en cuenta el fin de *cada* derecho y de *todos* los derechos, el resultado serán unos derechos equilibrados, sin innecesarios conflictos. Determinado teleológicamente el derecho no es necesario limitarlo extrínsecamente<sup>(117)</sup>.

5. Los bienes humanos son, por definición, compatibles entre sí porque son bienes todos ellos para un mismo ser: no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho. Cuando se propone tomar en cuenta los bienes afectables por una determinada conducta, no se está apelando a una limitación externa del derecho a realizar esa tal conducta, sino más bien se está tratando de perfilar hasta qué punto y en qué *medida* esa libertad así ejercida constituye la expresión de un bien humano o político.

(116) TOLLER - SERNA, p. 75.

(117) *Idem*, p. 53.



6. La persona humana goza de un “estándar mínimo” de protección desde su concepción y hasta su muerte, garantizado por la coraza constitucional que conforma la “visión argentina” de la dignidad de la persona humana.

Por otra parte, algunas conclusiones a las que hemos arribado, luego del análisis de la decisión del bloque minoritario, son:

1) Una de las versiones del conflictivismo examinadas reduce los derechos fundamentales a reglas, y al presentarse el “conflicto” se procede a la derogación del derecho constitucional que se estima menos importante. En el caso de marras, la vida del *nasciturus* es eliminada sin más.

2) Un derecho es “un objeto debido por una persona a otra en virtud de alguna razón” que en los derechos iusfundamentales es la “condición humana”. La vida, “condición humana” de la persona por nacer, es un estándar mínimo de dignidad que no permite su aniquilación ni su ponderación negativa y siempre perdedora desde el punto de vista del conflicto.

3) Los derechos fundamentales, objetos exigidos por la naturaleza humana, nacen ajustados unos con otros, en razón de la sociabilidad que forma parte de la naturaleza humana, y son la expresión de coexistencia entre los individuos y sus pretensiones. La vida de la madre, su capacidad reproductiva, se encuentra ajustada a la vida de la persona concebida que lleva en su vientre, sin perjuicio de su origen. La madre no puede disponer de la vida de esa persona humana inocente por el hecho natural de que se desarrolla en su vientre.

4) Los derechos no deben concebirse como pretensiones abstractas e individualistas, sino como facultades orientadas por un determinado fin que se da en el marco de la convivencia social. Los derechos deben ser pensados como armónicos.

El “contenido esencial” debe ser visto desde un doble aspecto: como garantía y como técnica interpretativa.

En sentido literal, la garantía del contenido esencial se constituye frente al legislador, frente a la ley que tiene como misión regular el ejercicio de algún derecho fundamental o que actualiza la competencia para restringirlo. Su objetivo es que dicha regulación no desnaturalice o altere el derecho que la Constitución reconoce de modo que, como decía Alberdi, la Constitución no rija con permiso de las leyes<sup>(118)</sup>, sino que garantice su supremacía. En este sentido, se conforma el núcleo duro del art. 28 de la Constitución Nacional.

El contenido esencial —o la regla de que los derechos y garantías constitucionales no deben ser alterados— no es sólo una garantía específica ante

---

(118) Cfr. ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1ª ed. 1852), Sopena, Buenos Aires, 1957, cap. XXXIII, p. 190, citado en TOLLER - SERNA, p. 56.



la ley, sino también una pauta interpretativa: puede y debe ir más allá, y debe ser respetado también por los jueces y la sentencia judicial. Esto viene impuesto por la vinculación de *todos* los poderes públicos a la *Constitución*; y no sólo del legislador. Lo que se debe advertir es que la determinación del contenido esencial puede y debe operar como pauta para resolver los aparentes conflictos entre derechos, más allá de su alcance como garantía específica, lo cual no sólo no se opone a lo dispuesto constitucionalmente, sino que resulta consonante con una interpretación sistemática de la Constitución y con una visión realista sobre lo que de hecho pueden hacer los jueces cuando “aplican” las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales<sup>(119)</sup>.

El contenido del derecho no es sólo el que resulta de considerarlo en sí mismo, sino el que viene dado por su articulación con los restantes bienes constitucionales que inciden sobre la porción de realidad a la que el derecho se refiere<sup>(120)</sup>.

**31. PROPUESTA: Exhortación a que los poderes del Estado adopten una posición firme a nivel internacional en relación a la “visión argentina” de la protección de la persona humana y a transformen la “declaración interpretativa” de la Convención de los Derechos del Niño en una “reserva”**

31º) Esta Corte, en uso de sus facultades, exhorta a las autoridades encargadas de llevar adelante la política exterior de nuestro país a que se adopte una posición firme en los foros y organismos internacionales a efectos de que se censure a órganos como el Comité de Derechos Humanos, o el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas y se los conmine a que se abstengan de formular recomendaciones que, en clara violación de sus misiones específicas, intenten colocar al Estado argentino en una posición de victimaria, forzando —mediante esas recomendaciones y “preocupaciones”— a realizar interpretaciones amplias que ya han sido descartadas, a partir del desarrollo pleno de la “visión argentina” de la protección total de la vida de la persona humana inocente, desde la concepción.

Es que la “visión argentina” de protección de la persona humana desde la concepción conforma un sistema homogéneo, completo, e interconectado que no puede presentar fisuras, so pena de tornar en ilusoria la protección de la vida humana. El eslabón débil de la “declaración interpretativa” fue resaltado por los Bloques Mayoritario y Minoritario, fue así señalado, elegido y utilizado como un *schwerpunkt* o “punto focal” o punto de máximo esfuerzo sobre el que actúa quien trata de perforarlo, intentando crear una brecha en la estructura, una bisagra que, al romper el bloque compacto, provoca una parálisis en la toma de decisiones y debilita a la estructura en su totalidad

---

(119) TOLLER - SERNA, p. 56.

(120) *Idem*, 71.

provocando su fragilidad, quiebre, ruptura y tal vez su colapso, y su consecuencia inevitable y trágica de cientos, miles o millones de vidas inocentes asesinadas.

En tal sentido, en procura de expandir un mayor florecimiento, desarrollo y optimización del carácter tuitivo de la persona humana, esta Corte exhorta a las autoridades legislativas y ejecutivas de la República a analizar y contemplar la posibilidad de implementar mecanismos jurídicos tendientes a modificar la “declaración interpretativa” realizada por la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos de Niño —que constan como art. 2º, segundo párrafo, de la disposición interna legislativa individualizada como ley 23.849— en una “reserva” tal como las dispuestas en el párrafo primero. Se estima que tal proceder reforzará el eslabón debilitado del “sistema constitucional”/convencional de protección de la persona humana desde la “visión argentina”.

La “visión argentina” de defensa de la persona humana inocente y de los derechos humanos, está genéticamente concebida desde la Primera Parte de la Constitución Nacional y enraizada armónicamente con el Preámbulo y la Segunda Parte de la Carta Magna, junto con los tratados, convenciones y declaraciones de derechos humanos de jerarquía constitucional y, desde allí, desde el “sistema constitucional”/convencional penetra y florece, tuitivamente, en el derecho internacional de los derechos humanos, al que conforma y optimiza, iluminando como un faro, los puntos oscuros que pugnan por fabricar la categoría de “subhumanos” —*untermenschen*— o “semihumanos” en el “ordenamientos jurídico”, tanto a nivel nacional como internacional.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución recurrida.

## TERCERA PARTE

### CONCLUSIONES GENERALES

Nos encontramos en una etapa de transición: la posmodernidad, entendida como período final de la modernidad. Las características propias de esta etapa tornan propicio el desplazamiento del paradigma del Estado liberal por parte de posturas ideológicas comprometidas. A mi entender, un claro ejemplo está dado por ciertas posiciones gramscistas que intentan efectivizar este desplazamiento a través de posiciones conflictivistas; desde ya que no todos los representantes del conflictivismo, o de balance de derechos entendido como ponderación, son necesariamente conscientes de esta situación; muchos de ellos están convencidos de las bondades de esta visión y encarnan estas posturas de buena fe, desde el paradigma liberal.

A través del conflictivismo, del balance como ponderación —como dos herramientas ejemplificativas— procuran vaciar —a la superestructura— los valores instaurados por el Estado Liberal. Procuran así tornarse hegemónicos en la superestructura y aislar a la estructura para convertirla en mera “violencia”; el Poder Judicial se encuentra inmerso en este último campo. La “disputa” terminará, únicamente, con la victoria: con la hegemonía de la sociedad civil y el dominio de la sociedad política por parte de las posturas gramscistas, que hacen un trabajo estupendo, en especial en —y desde— el ámbito internacional, pero también en los ámbitos nacionales. No debemos permitir, pasivamente, que la hegemonía y el dominio del gramscismo —con máscara liberal— se consumen. Es nuestra obligación proyectar los valores del Estado constitucional de derecho y consolidar el paradigma de la armonía de derechos.

Dentro de dicho contexto —conflictivismo—, el tema del aborto se plantea como una verdadera “guerra de absolutos” en el que la “justicia” es la política por otros medios y en la que la persona por nacer siempre “pierde” contra el “derecho” de la madre. El fallo “F. A. L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe ser leído en esta clave de situación.

Las consecuencias del dictado del fallo “F. A. L.” por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son gravísimas desde varios niveles de observación.

Transforma a una excepción puntual e historicista en un derecho casi indeterminado y nos deja a un paso de la despenalización del aborto.

Establece como fuentes directas del ordenamiento jurídico a trabajos preparatorios, opiniones consultivas, recomendaciones y preocupaciones de comités de organismos internacionales, dándoles rango supraconstitucional.

Ignora las “condiciones de vigencia” establecidas por la República Argentina respecto de los instrumentos internacionales de conformidad con las “reservas” y “declaraciones interpretativas” establecidas por los poderes del Estado y les niega operatividad.

Establece la muerte de la persona humana por nacer, exclusivamente, con una declaración jurada que habilita a la obtención de un “servicio” de “interrupción de embarazo” rápido, seguro, cómodo, accesible y gratuito, sin necesidad de revisión física médica y/o denuncia penal.

El dictado del fallo debe ser tenido como un punto de inflexión, pero debe quedar como una excepción que debe ser superada.

Resulta imperioso reconocer que la persona humana goza de un “estándar mínimo” de protección desde su concepción y hasta su muerte, garantizado por la coraza constitucional que conforma la “visión argentina” de la dignidad de la persona humana.

Los derechos fundamentales nacen ajustados unos con otros. La vida de la madre, su capacidad reproductiva, se encuentra ajustada a la vida de la persona concebida que lleva en su vientre, sin perjuicio de su origen indeseado; esa vida, cualquier vida inocente, es indisponible.

Desde el Estado constitucional de derecho, el “conflicto” sólo puede ser entendido como conflicto de pretensiones, no de derechos subjetivos. Aquellos que pretenden la “ponderación” o “balance” de “derechos”, en realidad lo hacen con relación a las *pretensiones*, pero no de los derechos. Tal circunstancia no guarda relación con la condición de “crisis” que caracteriza al derecho penal y “tensión” que puede existir entre las pretensiones de las partes.

Un Estado constitucional de derecho que se precie de tal debe proteger a la persona humana inocente desde su concepción y hasta su muerte. El Estado Posmoderno de Derecho permite que la “autonomía” de la mujer decida sobre la vida o muerte de la persona humana que lleva en su seno. Nuestro mundo posmoderno habla mucho acerca de “opciones” o “preferencias”, pero dice muy poco acerca de las “convicciones”<sup>(121)</sup>. Las preferencias son elecciones que nos complacen; las convicciones nos obligan. El respeto por la vida de la persona humana inocente, desde la concepción y hasta su muerte, nos obliga como convicción.

---

(121) La idea es del P. Andrew Sandin, si bien desarrollado en un ámbito totalmente diferente, me pareció perfectamente adecuado para el presente razonamiento (P. SANDLIN ANDREW, “Por qué *Debo* ser un Calvinista”, artículo en poder del suscripto, del 3 de abril de 2002).

La Constitución Nacional, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos están vigentes y protegen la vida, de acuerdo con las “condiciones de vigencia” de los Pactos, Convenciones y Tratados Internacionales firmados por la República Argentina.

Si la interpretación que corresponde dar es la contraria, esto es, que no se establece una protección del derecho a la vida del *nasciturus* como sujeto de derecho, y si establecen la existencia de una categoría de “subhumanos”, sea en razón de su salud física o psíquica, de su raza, del color de su piel, de su origen étnico, de su religión, de su nacionalidad, de su situación en las relaciones de propiedad, en razón de su ADN o basado en los motivos de su génesis, es absolutamente imprescindible, improrrogable y obligatorio cuestionar duramente dicha estructura legal.

Debe dejarse de lado la “estructura legal” del Estado posmoderno de derecho, que nos lleva al “innocidio” y debe reencausarse el “orden jurídico” desde el Estado constitucional de derecho, a partir de las “convicciones”. En nuestro caso puntual, a partir del desarrollo, análisis y proyección de la “visión argentina” de los derechos humanos y protección de la persona humana inocente desde la concepción.

Por tal motivo, me he animado a ir más allá y propongo y desarrollo, en la “disidencia”, un modelo de argumentación estructurado de tal forma que refuta y propone desde las convicciones constitucionales y del Estado de derecho, y que puede ser utilizado por cualquier operador judicial.

Resulta imperioso que el Estado argentino adopte una posición firme en los foros y organismos internacionales, a efectos de que se censure a órganos como el Comité de Derechos Humanos, o el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, y se los conmine a que se abstengan de formular recomendaciones que, en clara violación de sus misiones específicas y del orden jurídico, intenten colocar al Estado argentino en una posición de victimaria, forzando —mediante esas recomendaciones y “preocupaciones”— a realizar interpretaciones amplias que ya han sido descartadas, a partir del desarrollo pleno de la “visión argentina” de la protección total de la vida de la persona humana inocente, desde la concepción.

En tal sentido, es fundamental implementar mecanismos jurídicos tendientes a modificar la “declaración interpretativa” realizada por la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos de Niño —que constan como art. 2º, segundo párrafo, de la disposición interna legislativa individualizada como ley 23.849— en una “reserva” tal como las dispuestas en el párrafo primero. Se estima que tal proceder reforzará el eslabón debilitado del “sistema constitucional”/convencional de protección de la persona humana desde la “visión argentina”.

La “visión argentina” de defensa de la persona humana inocente y de los derechos humanos, está genéticamente concebida desde la Primera Parte de la Constitución Nacional y enraizada armónicamente con el Preámbulo y la Segunda Parte de la Carta Magna, junto con los tratados, convenciones y declaraciones de derechos humanos de jerarquía constitucional y, desde allí, desde el “sistema constitucional”/convencional penetra y florece, tuitivamente, en el derecho internacional de los derechos humanos, al que conforma y optimiza, iluminando —como un faro— los puntos oscuros que pugnan por fabricar la categoría de “subhumanos” —*untermenschen*— o “semihumanos” en la “estructura legal”, tanto a nivel nacional como internacional.

La “visión argentina” de protección de la persona humana desde la concepción conforma un sistema homogéneo, completo, e interconectado que no puede presentar fisuras, so pena de tornar en ilusoria la protección de la vida humana. El fallo “F. A. L.” de la Corte Suprema debe quedar como una excepción que deberá ser enmendada. Desde la “disidencia” pretendí aproximarme a la posición jurídica que estimo ajustada a derecho.

Por ende, la tuitiva “visión argentina” penetra como un torrente de garantías florecientes en el derecho internacional de los derechos humanos. La persona humana es reconocida y protegida desde la concepción. Todos los tratados, convenciones, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, cuando se refieren a la protección de la vida humana, lo hacen desde la concepción. En este punto, tanto el orden jurídico interno, como el internacional, carecen de capacidad jurídica para actuar de forma negativa sobre la persona por nacer. El orden jurídico del Estado constitucional de derecho de la República Argentina actúa desde una Constitución con soberanía “fuerte”, no en sentido bodineano<sup>(122)</sup>, sino en un sentido nuevo, no meramente estatal, sino fundamentalmente comprometido, enraizado en convicciones, comprensivo y tuitivo de los derechos —reales, no las meras pretensiones— de la persona humana.

Ésta es la nueva “soberanía”: el orden jurídico del Estado, tuitivo de la persona humana inocente. Es el orden jurídico del Estado constitucional de derecho fuerte. Es el orden jurídico constitucional de la “visión argentina” en el siglo XXI.

La “visión argentina” representa un estadio evolucionado del Estado constitucional de derecho y conforma un verdadero escudo de protección y esperanza para todo “hombre —varón y mujer— del mundo que quiera habitar el suelo argentino”, desde su concepción y hasta su muerte. Ésta es nuestra convicción constitucional, nuestra convicción jurídica. Está en manos de los operadores judiciales sostener, profundizar y expandir esta “visión”. Estamos en ese camino.

---

(122) Sobre Bodin y la “soberanía” ver nota 49.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARENDETT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, 2ª ed., Debolsillo, Buenos Aires, 2005 —edición original 1964—.
- BARBERIS, Julio A., en “ El derecho a la vida en el Pacto de San José de Costa Rica”, t. III, Liber Amicorum Cancado Trindade, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2005.
- BARRA, Rodolfo C., “Declaraciones, tratados y convenciones internacionales”, en AA.VV., *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, 1ª ed., 2003, 5ª reimpr., 2006, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- BERGALLO, Paola, “Introducción. La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, en AA.VV., BERGALLO, Paola (comp.) *Aborto y justicia reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011
- BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, t. III, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2013.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- CARBAJAL, Mariana, “Entrevista a Nelly Minyersky” —Profesora Consulta de la UBA—, en *El aborto en debate*, Paidós, Buenos Aires, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989.
- CASTORIADIS, Cornelius, *La institución imaginaria de la sociedad*, Tusquets Editores, Buenos Aires, 2010.
- CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraterna, 1ª ed. en español, 1987, de la 14ª ed. en inglés, 1978, Princeton University Press.
- DÍAZ, Esther, “¿Qué es la posmodernidad?”, en *Posmodernidad*, 3ª ed. correg., Biblos, Buenos Aires, 2005.

- DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 4ª ed. rev. y reestr., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.
- EAGLETON, Terry, *Las ilusiones del posmodernismo*, 2ª reimpr., Paidós, Buenos Aires, 2004.
- FARRELL, Martín D., “¿Existe un derecho constitucional al aborto?”, en AA.VV., BERGALLO, Paola (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- FAUNDES, Aníbal - BARZELATTO, José, “El significado de las palabras”, en *El drama del aborto. En busca de un consenso*, Paidós, Buenos Aires, 2011.
- FAZIO, Mariano, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, 2ª ed., Rialp, Madrid, 2007.
- FAZIO, Mariano - GARCÍA, José Juan, *Raíces filosóficas de la cultura de la vida*, Librería Córdoba, Buenos Aires, 2005.
- FERRANTE, Marcelo, “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en AA.VV., BERGALLO, Paola (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- FOSTER, Hal, “Introducción al posmodernismo”, en AA.VV., *La Posmodernidad*, 5ª ed., Kairós, Barcelona, 2005.
- GATTINONI DE MUJÍA, María, “La responsabilidad del Estado Argentino en la tutela efectiva de la vida. Un análisis de su control jurisdiccional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Secretaría General de la OEA, Jornadas de Derecho Internacional realizadas entre la Organización de Estados Americanos, la Cancillería Argentina y la Universidad Austral en Buenos Aires, Washington, USA, 2006, pp. 307-309.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y anotada*, t. II, 4ª ed. ampl. y actual., La Ley, Buenos Aires, 2010.
- GOMES DI LORENZO, Wambert, *Teoría del Estado de solidaridad. De la dignidad de la persona humana a sus corolarios*, Colección Viento Sur 1, Club de Lectores, 2013.
- GRAMSCI, Antonio, *Antología. Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004.
- GREENFIELD, Susan, “Las personas se están volviendo asexuadas”, en LIBEDINSKY, Juana, “*English breakfast*. El pensamiento británico de hoy”, Bibles, Buenos Aires, 2006.
- JURGENSMEYER, Mark, *Terrorismo religioso. El auge global de la violencia religiosa*, 1ª ed. en castellano, 2001, de la 1ª ed. en inglés, 2000, Siglo XXI, Buenos Aires.



- LACLAU, Ernesto - MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, 2ª ed. en español, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.
- MAHIQUES, Carlos A. - GRASSI, Adrián P., “El fallo ‘F. A. L.’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre la *lex* y el *ius*”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 7/2012 — julio 2012— , AbeledoPerrot, Buenos Aires.
- MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral*, Lohlé-Lumen, Buenos Aires, 1996.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, t. II, La justicia, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2005.
- MIRANDA, Marisa A., “La Argentina en el escenario eugénico internacional”, en AA.VV., MIRANDA, Marisa - VALLEJO, Gustavo (dirs.), *Una historia de la eugenesia. Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1915*, Biblos, Buenos Aires, 2012.
- QUINN, Nicolás, “Derecho penal empresario”, en AA.VV., YACOBUCCI, Guillermo (dir.) - LAPORTA, Mario - RAMÍREZ, Nicolás (coords.), B de F, Buenos Aires, 2010.
- QUINTANA, Eduardo M., *El marxismo paradójico de Antonio Gramsci*, Librería Huemul, Buenos Aires, 1990.
- RAFECAS, Daniel, *Historia de la solución final. Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.
- SAENZ, Alfredo R. P., *Antonio Gramsci y la revolución cultural*, Corporación de Abogados Católicos, Buenos Aires, 1990.
- SAGÜÉS, Néstor P. - SAGÜÉS, María Sofía, trabajo realizado en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina, y actualiza el Capítulo V del autor en *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- SANDLIN, Andrew —P.—, “Por qué *debo* ser un calvinista”, artículo en poder del suscripto, del 3 de abril de 2002.
- SANTIAGO, Alfonso (h), *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco de Rodolfo Depalma - Universidad Austral, Buenos Aires, 2002.
- TOLLER, Fernando - SERNA, Pedro, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- TRIBE LAURENCE, H., *El aborto: guerra de absolutos*, Fondo de Cultura Económica - Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1ª ed. en español de la 2ª ed. en inglés, 2012.

THWAITES REY, Mabel, *La autonomía como búsqueda, el Estado como contradicción*, Prometeo, Buenos Aires, 2004.

ULMER, Gregory L., "El objeto de la poscrítica", en AA.VV., FOSTER, Hal (dir.), *La posmodernidad*, 5ª ed., Kairós, Barcelona.

VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005.

VON CLAUSEWITZ, Karl, *De la guerra*, Distal, Buenos Aires, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 9ª ed., Trotta, Madrid, 2009.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE AGOSTO DE 2015  
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA









