

Comentario sobre “aborto” en el Proyecto de Código Penal (2019)

1. Introducción.

El Título I del Libro Segundo del Proyecto de Código Penal, en su Capítulo 1, de los artículos 85 al 88 trata el tema del “aborto”.

Los comentarios que habré de desarrollar fueron expresados con anterioridad ¹, aunque con antelación a que se conociera el texto del nuevo Código Penal; tampoco se conocía el comentario general brindado por algunos de sus redactores y es por ello que se harán las adaptaciones específicas.

El tema ha generado una gran controversia a nivel social en todos los ámbitos, con mucha tensión entre los sectores intervinientes y un fuerte compromiso desde las distintas miradas. Además, es un tema que continúa en agenda, se volverá a presentar en marzo, será tema de campaña y continuará – seguramente- con la “masa” de votantes jóvenes que pasarán a tener edad de votar en sucesivas elecciones.

Ahora bien, más allá de las pasiones desatadas, debe analizarse la norma propuesta en el Código a través del contexto explicado por miembros de la Comisión y emitir una opinión. Aquí lo hago con carácter personal e individual.

Agradezco en lo personal a FUNDEJUS la recepción de éstas opiniones desde una mirada respetuosa, pluralista y democrática, especio en el que nunca han siquiera intentado influir, condicionar y menos aún determinar cualquier idea que fuera a desarrollar; así fue también en el caso del aborto.

Éste es un trabajo estrictamente personal y no involucra a los restantes miembros del grupo de trabajo con los que analicé el Proyecto de Reforma del Código Penal 2019 en los temas de derecho ambiental.

¹ QUINN, NICOLÁS, *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*, Cuaderno Judicial n° 20, Universidad Austral – Thomson Reuters, La Ley 2015.

2. El Anteproyecto 2019

2.1. Algunas ideas expresadas por el Presidente de la Comisión de Reforma.

En diversos artículos, reportajes y mensajes, el Dr. Mariano Borinsky, Presidente de la Comisión del Anteproyecto de Reforma, se expresó sobre los nuevos lineamientos.²

En sus diversas intervenciones ha resaltado que en los casos de interrupción del embarazo no se redactó una despenalización lisa y llana porque se chocaría con normas constitucionales y pactos internacionales a los que adhiere la Argentina. También afirmó que no podían legalizar el aborto porque había sido desaprobado por el Senado y por el artículo 81 de la Constitución Nacional, se impide que sea tratado durante un año. Resalta que en los casos de punibilidad, no va a ser punible la mujer, según lo determine cada juez en particular.

Destacó que se añadió el supuesto de peligro en la salud mental de la mujer, excepción que no estaba prevista, así como los casos de violencia obstétrica y lesiones efectuadas al niño por nacer. También se pena el aborto imprudente, a excepción del cometido por la madre.

Indicó que el anteproyecto acoge el fallo “F.A.L.”, es decir, excluye los supuestos de abuso sexual y los supuestos de peligro para la vida de la mujer. Manifestó que era importante porque no es lo mismo que esté previsto en un fallo de corte a que esté en la letra de la ley con su exposición de motivos.

² Entre muchos otros: https://www.clarin.com/politica/mariano-borinsky-aborto-va-aplicar-sancion-penal-mujer-sigue-delito_0_Bk-jHTKB7.html

<https://www.erreius.com/actualidad/12/penal/Nota/277/entrevista-al-dr-mariano-borinsky-sobre-el-anteproyecto-del-codigo-penal>

<https://www.infobae.com/sociedad/2018/08/09/cual-es-la-propuesta-oficial-para-legislar-sobre-aborto-en-el-nuevo-codigo-penal/>

<https://www.diariodecuyo.com.ar/politica/Se-agregan-aspectos-a-favor-de-la-mujer-en-casos-de-aborto-20181111-0074.html>

En la exposición de motivos se destaca que, en cuanto al aborto no punible, se mantienen las causales contempladas en el actual art. 86° pero con una redacción superadora que recepta la jurisprudencia de la CSJN (fallo “F.A.L.”) para el caso que el embarazo provenga de un abuso sexual (se reemplaza la referencia a la “violación o de un atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente”). Se aclara que queda incluido cualquier embarazo producto de un abuso sexual, para tratar de superar la discusión relativa a si se trata de uno o dos supuestos de aborto autorizado.

Entiende que, de esa forma, el Anteproyecto logra un equilibrio que contempla todos los derechos constitucionales en juego: el derecho a la vida y el derecho a la libre disponibilidad del cuerpo de la mujer y a su autonomía personal.

2.2. Los tipos penales en el Anteproyecto 2019

En el Capítulo 1, Título I, Libro Segundo del Proyecto de Código Penal, entre los artículos 85 y 88 –inclusive- se trata el tema del aborto y lo hace en estos términos:

ARTÍCULO 85.- El que causare un aborto será penado:

1°) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta a quince QUIINCE (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2°) Con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a SEIS (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

ARTÍCULO 86.- 1. Se impondrán las penas establecidas en el artículo 85 e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

2. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada no es punible:

1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o mental de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º) Si el embarazo proviene de un abuso sexual.

ARTÍCULO 87.- 1. Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años, al que con violencia causare un aborto sin haberse representado esa consecuencia, si el estado de embarazo de la mujer fuere notorio o le constare.

2. Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años y, en su caso, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, al que causare un aborto por imprudencia, negligencia o por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo. El aborto imprudente causado a si misma por la mujer embarazada no es punible.

ARTÍCULO 88.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años, a la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer embarazada de causar su propio aborto no es punible.

El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso o eximirla de ella, teniendo en cuenta los motivos que impulsaron a la mujer a cometer el hecho, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad.

3. Diferencias entre el Código Penal actual y el Proyecto 2019

Respecto del Código Penal actual se observan las siguientes diferencias:

1. En el nuevo código se quita la pena de “reclusión”, prevista en el código hoy vigente en los artículos 85 y 86.
2. Se ve como correcto sustituir el término en latín *máximum* del código hoy vigente, por el término castellano “máximo” en el artículo 85. En el resto
3. El artículo 85, con las salvedades hechas en los puntos precedentes, es igual en ambos códigos.
4. El artículo 86 será tratado con posterioridad.
5. El artículo 87 del nuevo código prevé una pena mayor, pasando de 6 meses a 2 años de prisión, a una pena de 1 a 3 años de prisión, pero el artículo nuevo se estructura de forma diferente.

El código hoy vigente prevé el supuesto de aborto preterintencional, según una corriente, o aborto culposo, según otra. Lo cierto es que el proyecto nuevo desarrolla con mayor amplitud el supuesto y con mayor claridad diferencia el aborto preterintencional -en el inciso 1-, siguiendo la estructura del texto hoy vigente y el aborto culposo claramente desarrollado en el inciso 2.

La pena máxima prevista para el preterintencional es de 3 años, mientras que el del culposo es de 2 años. Se deja impune el aborto “imprudente” causado a sí misma por la madre.

6. Respecto del artículo 88, la pena máxima prevista en el código hoy vigente es de 4 años de prisión, mientras que el proyecto 2018 disminuye la pena máxima a 3 años de prisión para la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer, en ambos códigos, se establece como no punible.

4. El artículo 86 del código penal vigente y del proyecto 2019. La incorporación del fallo “F.A.L.”

La primera parte de ambos artículos es igual, aunque en el nuevo se los indica como “1.”, cuando antes no tenía identificación especial.

Los supuestos “no punibles” son identificados en el código hoy vigente como “1)” y “2)” en un párrafo “2.”.

La diferencia entre el código hoy vigente y el proyecto 2019 se da en que, en el proyecto, en el “2)” se incorpora claramente el supuesto del fallo “F.A.L.” de la CSJN en estos términos:

- “2. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada no es punible: (...) 2º) Si el embarazo proviene de un abuso sexual.”

Incorporar lo fallado en “F.A.L.” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ³, entiendo que resulta desacertado, conforme el análisis que expondré.

Ello en razón de la “Visión argentina” de los derechos humanos que ha impuesto que la Constitución Nacional, y el desarrollo del derecho

3 CSJN “F.A.L. s/medida autosatisfactiva” F. 259. XLVI”, caso resuelto el 13 de marzo de 2012.

internacional, conforme un verdadero escudo de protección y sea esperanza y realidad de protección de la persona humana inocente desde la concepción, por estimarla mucho más rica y tuitiva de los derechos humanos, que aquella que presenta la Corte Suprema en el fallo F.A.L.

Los jueces, a mi entender, no tienen competencia ni jurisdicción para atacar la vida inocente o la humanidad plena de las personas a través de sus fallos.

Para poder tratar adecuadamente el tema resulta imperativo transcribir la norma del código vigente:

- “86: (...) El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: (...) 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente ...”

La norma del Proyecto 2019 es la siguiente:

- “ARTÍCULO 86.- 1. Se impondrán las penas establecidas en el artículo 85 e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

2. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada no es punible:

1°) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o mental de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2°) **Si el embarazo proviene de un abuso sexual.**” (la negrita y el subrayado me pertenecen)

El razonamiento que se transcribe a continuación fue ya desarrollado por mí en la obra citada como nota número “1”. Simplemente haré una adecuación textual, pero el contenido es básicamente el mismo. Sí he

agregado algunas publicaciones posteriores, o conocidas por mí con posterioridad, a la edición de la tesina citada.

5. La inclusión del análisis del fallo “F.A.L.” en el articulado.

Ya expresé que en la exposición de motivos del Proyecto se ha destacado la presunta redacción “superadora” del nuevo artículo 86 que recepta la jurisprudencia de la CSJN (fallo “F.A.L.”) para el caso que el embarazo provenga de un abuso sexual.

Y fui contundente en cuanto a que, en mi opinión, la inclusión resulta desacertada ... pero también resulta inconstitucional e inconveniente. Resulta necesario brindar argumentos para sustentar una afirmación tan categórica y para ello es imprescindible analizar el citado fallo “F.A.L.” y a partir de su crítica, entender el motivo por el cual propicio un articulado distinto que aquél propuesto en el Proyecto 2019.

6. Crítica al fallo “F.A.L.”

6.1. El fallo.

Por decisión unánime, aún con algunas diferencias en los motivos o en la decisión final pero no en la óptica, la Corte afirmó que el artículo 86, 2º párrafo 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.

En su estructura, 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.

En cuanto a los “considerandos”, la Mayoría está compuesta por cinco (5) 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 lo dicho en el párrafo precedente.

Así, en relación a la parte propiamente decisoria, seis (6) Ministros declaran admisible el recurso y confirman la sentencia recurrida; uno (1) lo declara inadmisibile; la sentencia recurrida queda firme.

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 diferencias 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.

En lo sucesivo indicaré los argumentos de ambos “bloques”: el mayoritario y el minoritario.

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 artículo 86 inciso 2° del Código Penal. Afirman que a la luz del principio de reserva constitucional del artículo 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.

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 a 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 solo 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 “13º”.

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 he denominado “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 las reservas y declaraciones interpretativas planteadas en cada oportunidad. Tales posiciones fuertes, buscan – cada vez con mayor éxito- posicionarse como hegemónicas⁴ o dominantes, como “pensamiento único” y encarnan una lucha política, militante y comprometida.

4 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*, Ed. Fondo de Cultura Económica, segunda edición en español, 2004, p. 31). “El campo general de emergencia de la hegemonía es el de las prácticas articularias, es decir, un campo en el que los “elementos” no han cristalizado en “momentos”” (*Idem* ps. 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” (ps. 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.

6.2. Controversia

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 denominado por un constitucionalista estadounidense como una “guerra de absolutos”⁵. 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”⁶ 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 Justicia⁷ es la extensión de la política por otros medios” entendiendo 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 otro medios” (Política/Guerra/Justicia).

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

5 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, primera edición en español de la segunda 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 Profesor Bianchi lo señala como al representante más conspicuo de la “batalla ancestral” del aborto (BIANCHI ALBERTO B., *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, Tomo III, Ed. Cathedra Jurídica, 1ª ed. 2013p.. 62/63).

6 VON CLAUSEWITZ KARL, *De la Guerra*, Ed. Distal, 2013, p. 49.

7 “Justicia” entendida como Poder Judicial y Operadores Jurídicos, pero también en su analogado de “virtud”.

en sentido figurado. La irracionalidad no ha traído buenos ejemplos ⁸ 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.

Entonces, nos encontramos ante un escenario en el que la posición “pro vida” (o “prohibicionista”) por un lado y la posición “pro opción” (o “permisivista”) 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.

6.3. Posmodernidad

8 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 3-9-03 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*, Siglo Veintiuno de Argentina Editores, primera edición en castellano, 2001 de la primera edición en inglés, 2000, capítulo “Soldados de Cristo” p. 21/49). El Reverendo Bray fue condenado por destruir siete clínicas abortistas a pena de prisión.

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 ⁹, 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.

La Corte Suprema de Justicia dictó un fallo en el que:

1. Afirma que la “cláusula de no punibilidad” de aborto, del artículo 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 artículo 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 y/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 a la interpretación estricta de la norma penal citada por parte del Estado Argentino.

9 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”, *Derecho penal empresario* AAVV., GUILLERMO YACOBUCCI, Director, MARIO LAPORTA y NICOLÁS RAMÍREZ, Coordinadores, Ed. Bdef, 2010 pp 927/986). Algunas de las ideas tomadas de dicha tesina, serán reiteradas. Muchas de ellas han sido expresadas en los trabajos de esta Maestría de Magistratura Judicial.

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 dolencia¹⁰ y que en 1992 fue ampliado a “en armonía con el medio ambiente”, el inciso 1º del artículo 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” mal entendida 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.

¹⁰ Definición de “salud” conforme la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946 y que entró en vigor en 1948.

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*”¹¹ y pretendo re-encausar 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.

11 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*” 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 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, año 2006, Washington, USA pp 307 – 309.

6.4. Conflictivismo y “balancing test”.

Me encuentro en la necesidad, en este punto, 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 (o “balancing test”).

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 con un método dialéctico de izquierda, en donde la antítesis aniquila y la síntesis, en lugar de ser superadora, exhibe a sus tesis “víctimas”, con métodos y consecuencias claramente autoritarias, cuando no totalitarias.

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 este 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.¹²

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”

¹² ZAFFARONI EUGENIO RAÚL – ALAGIA ALEJANDRO – SLOKAR ALEJANDRO, *Manual de Derecho penal –Parte General-*, Ediar Editores, Buenos Aires, 2005, p. 275 y sigs.

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 ¹³ 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, entiendo 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 ajuste óptimo se logra desde una visión “armónica” de los derechos. Tal ajuste 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.

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 la Magistratura. La búsqueda del mejor modo posible de convivencia entre dos –y más- derechos, exige examinar en profundidad las distintas alternativas disponibles.

13 TOLLER FERNANDO - SERNA PEDRO, *La interpretación constitucional ...* “ ya citado, *passim* quienes sostienen y desarrollan extensa e intensamente la visión armonizadora expuesta sucintamente en el presente considerando y que sigo.

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.

Entiendo 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”¹⁴.

6.5. La “libertad” como “autonomía ilimitada”; crítica.

A efectos de desarrollar la postura, con sus argumentos, debo comenzar refiriéndome a la “libertad” entendida como “autonomía ilimitada”.

14 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* Ed. Abaco de Rodolfo Depalma – Universidad Austral, Buenos Aires, junio 2002 pág 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 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*, Ediciones Lohlé-Lumen, 1996, p. 77).

El ordenamiento jurídico argentino entiende al hombre –como categoría genérica- 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 ¹⁵, 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” ¹⁶, las personas y grupos colaboran de acuerdo a 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 menores) cuando ellos no pueden cumplir con una determinada actividad o cometido concreto ¹⁷.

Ahora bien, la idea de “autonomía” que 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

15 SANTIAGO agrega que la persona, además de la centralidad de la persona 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).

16 “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 aquél 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, p. 191/194).

17 SANTIAGO (H) p. 72.

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...”¹⁸.

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”.

Marcelo Sancinetti, al analizar el tema del aborto del no-nacido, engendrado por una relación sexual consentida¹⁹, afirma que “La variación cultural posterior a los años ’60 y ’70 tendió hacia una mayor ‘liberalización de la vida sexual’. Pero si esta libertad ha de ser considerada bienvenida (supóngaselo así), ¿por qué no iría acompañada del deber de afrontar las consecuencias del ejercicio de la libertad?. Sólo podría ser una ‘acción privada de los hombres’ (art. 19, CN) en tanto *no afectara a terceros* (...) La idea de que una mujer puede interrumpir su embarazo (con muerte del fruto de la concepción, pues ‘interrumpir el embarazo’ es un eufemismo) libremente, ‘a verdad sabida y

18 THWAITES REY MABEL, *La autonomía como búsqueda, el Estado como contradicción* Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2004, p. 9.

19 SANCINETTI, MARCELO, “¿Aniquilamiento de la vida humana del no-nacido por parte del Estado? -Reflexiones sobre el derecho a la vida humana intrauterina y al nacimiento”, publicado en la Revista Jurídica La Ley, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, 15 de mayo de 2018, *passim*.

buena fe guardada’, presupone que exista una en la mantención de relaciones sexuales, sin la contrapartida *de hacerse cargo de las consecuencias* del ejercicio de esa libertad. Pero no hay ninguna libertad de obrar sin el sinalagma de *la responsabilidad por las consecuencias*.

Es así que la postura de “libertad sin responsabilidad” 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 judicial 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.

Desde ese lugar, considero 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.

6.6. El “Personalismo Social” como respuesta y sustrato.

El sustrato metafísico constitucional, con relación a la visión de la persona humana, parte de la filosofía realista²⁰. Se nutre de la concepción del

20 “... 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, Tomo II, La Justicia*, Ed. Lexis Nexis Abeledo – Perrot, 1ª edición, 2005, p. 214/215).

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 ²¹. 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 ²² como sustrato antropológico.

21 SANTIAGO (H) (ob. cit. ps. 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, n° 40 ps. 402 y siguientes.)

22 “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, 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 sucederse 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, 1ª edición, 2005, p. 43/47)

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. Ese 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”²³, por el mero hecho de existir como persona humana, que se distingue de una dignidad derivada o secundaria, que es la que el hombre 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 (varón y mujer) es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su

²³ GATTINONI DE MUJÍA, obra citada.

persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

Sancinetti afirma que “ ... La cuestión determinante es la de si el ser ‘concebido’ es perteneciente a la especie ‘humana’, como ‘*vida humana*’, y si le atañe la ‘dignidad humana’, comoquiera que este rótulo quisiese ser definido. Ni siquiera es una vida humana “en gestación”, estrictamente ... porque, *per se*, ya es *vida humana*.; sólo que está gestándose hacia un desarrollo ulterior, que en realidad prosigue también después del nacimiento y se prolonga por varios años....”. Señala que en un fallo, la CIDH –referido a fecundación *in vitro*– entendió que “concepción” debe entenderse como “anidación” del embrión en el útero. ²⁴

También afirma que no se entiende porqué, quienes opinan en favor de la permisión del aborto a “voluntad de la gestante” –porque atañe a la “privacidad de la mujer”– no consideran *obligatorio* respetar la vida del “ser humano *anidado*”, es decir, del embrión de 14 días de gestación, contado desde la fecundación. Y remata diciendo que “... A más tardar a partir de allí tendría que regir *para ellos*, según su concepto, la protección del art. 4, CADH...”

Es que resulta imperativo abstenerse de 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 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.

24 “... Hizo también muchas otras aseveraciones erróneas, que *tuercen* el texto de la Convención ...” nota “12” en Sancinetti, obra citada. Para la ficha técnica y el fallo “Artavia Murillo, Gretel y otros c/Costa Rica” : http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235.

Así, 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.

6.7. El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional en el razonamiento de la Corte.

Asentados los presupuestos, corresponde desarrollar una crítica a la postura del Bloque Mayoritario en relación a la invocación del recurrente del artículo 75 inciso 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 artículo 75, inciso 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 artículo 75, inciso 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 aquél 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 artículo 4 inciso 1 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 negrita 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 enturbiando 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 protección²⁵.

La liviandad de la afirmación del Bloque Mayoritario se presenta como una posición exótica, tal vez extrema. Es que la alegada “imposibilidad” no

25 Principio aplicado regularmente por los tribunales internacionales y contemplado expresamente en el artículo 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. 5 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos; art. 5 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre muchos otros.

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”)²⁶, 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 nomogenética 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” (Fallos 315:1492); ha dictado, incluso, una sentencia mixta por sustracción-adición en el caso “Vizzoti” (Fallos 327:3677)²⁷

26 SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO, “La Corte Suprema Argentina como legislador positivo”, en “Dinámica actual del derecho procesal constitucional” (SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO – 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*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, *passim*)

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

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 artículo 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*” (el subrayado nos pertenece). La Convención se encuentra incorporada, con jerarquía constitucional, en el inciso 22 del artículo 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*.²⁸

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, me expediré más adelante.

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

28 GATTINONI DE MUJÍA MARÍA, “La responsabilidad del Estado Argentino ...”, ya citado.

consolidar la “Visión argentina” de los Derechos Humanos, que no es otra que aquélla que el Estado Argentino viene proponiendo desde nuestra democracia consolidada. Se deja pasar la oportunidad de presentar este hontanar del que emana una protección completa, profunda, rica, absoluta, total de la persona humana, desde el preciso instante de la concepción hasta su muerte, sin “gradaciones”, 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.

Así, el análisis “estricto” del artículo 75, inciso 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*.

Recuérdese que “... no es verdad que uno esté vinculado por *cualquier clase* de decisión de los tribunales internacionales. Si éstos *ordenaran* matar determinadas personas o al menos *declarasen permitido* hacerlo, uno no se sentiría *obligado* por ello ni *permitido* a ello, como “interpretación de las

autoridades investidas del poder de fijar los límites de un tratado” (¡de *derechos humanos!*, por lo demás) ...”²⁹

6.8. El caso “Baby Boy”

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 artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no solo impone una interpretación “restrictiva” del alcance del artículo 86 inciso 2º del Código Penal, sino que interpelan la pertinencia de la propia norma disculpante.

No escapa a consideración del suscripto el alcance “amplio” dado por los Bloques Mayoritario y Minoritario, ha sido propuesto con fundamento 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.

²⁹ SANCINETTI, *idem*.

La Comisión Interamericana debía decidir si los Estados Unidos de América habían violado o no el artículo 1 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 (resolución 23/81) que los hechos denunciados no constituían una violación al citado artículo I 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’³⁰. 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”

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

30 Este razonamiento fue desarrollado por el Profesor 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*, Liber Amicorum Cancado Trindade, Tomo III, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2005, pp. 12/21.

Jurídico Interamericano y estimó que la definición del derecho a la vida dada por el proyecto del Comité Jurídico Interamericano 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”

Esa 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 artículo 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 ese es el criterio a partir del desarrollo y florecimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde una visión superadora de aquélla 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 ³¹.

La interpretación de los textos internacionales está reglada por ciertas normas básicas que han sido codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. El artículo 3, inciso 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 artículo 32 permite acudir a métodos de interpretación “complementarios”, cuando la aplicación del artículo 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 Profesor 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 artículo 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”

31 Las ideas de “imperfección” e “impureza” del Derecho son tomadas de VIGO RODOLFO LUIS, *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 228/229.

(Corte IDH, Serie A, n^a 3, p. 22; Serie A, n^a 7 pp 11 y 12; Corte IDH, Serie A, n^a 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 artículo 86 inciso 2^o 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 artículo 1^o de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como del artículo 4^o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone una interpretación “restrictiva” del alcance del citado artículo.

6.9. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

Así, es posible distinguir dos partes en el artículo 4 inciso I 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 inciso 1 del artículo 4, 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 inciso 1 del artículo 4 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 artículo 4 inciso I 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. artículo 7 inciso 3, artículo 11 inciso 2, artículo 20 inciso 3) 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 I.D.H. Serie C, n° 16, sentencia del 21-1-94), a la “nacionalidad” (caso Ivcher Bronstein Corte I.D.H. Serie C, n° 74; sentencia del 6-II-2001), “derecho a la vida” (caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros, Corte I.D.H. Serie C n° 94 y O.C. n° 16).

En el caso “Gangaram Panday” se distinguió entre detención o arresto ilegal y arbitrario. La detención ilegal, prevista en el artículo 7 inciso 2 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 I.D.H. Serie C. n° 16 p. 22); la Corte reiteró esta noción de arbitrariedad en los casos Sánchez Rosero (Corte I.D.H. Serie C. n° 35 pp 26 y 27) y Villagrán Morales entre otros (Corte I.D.H. Serie C. n° 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 a la aplicación ciega de la pena de muerte ...” (Corte I.D.H. Serie C, nº 94, párrafo 105).

Así, hago mía 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 artículo 4 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.

Es mi opinión que el carácter “amplio” o “abierto” del artículo 4 de la Convención Americana fue superado y mejorado por la República Argentina, que optó por proteger a la persona humana de manera integral desde la concepción; el denominado aborto eugenésico ³², ciertamente, quedó como una anomalía historicista. Me referiré a ello más adelante.

Como ya he dicho, el Bloque Mayoritario optó por el interesante análisis histórico de los antecedentes de la redacción del artículo 4 de la Convención Americana, así como de los alcances que tiene dicha redacción para

32 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*, vigésima segunda edición, 2001).

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 he utilizado para el análisis histórico, deja de ser tal para mutar irregularmente en una grosería. Ello al afirmar el Bloque Mayoritario que, ni del artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ni del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del artículo 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”³³.

Y sostengo 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 “...

33 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 *Aborto y justicia reproductiva*, AAVV, PAOLA BERGALLO Compiladora, Ed. del Puerto, 1ª edición, 2011, p. 371 y sigs. 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).

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. ...”³⁴. Ya lo he señalado y no me cansaré de hacerlo.

6.10. Derecho internacional. “Visión argentina”.

La República Argentina tiene –o tenía- 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 en esta circunstancia la regla de *non concedit venire contra factum proprium* conocida también como *estoppel* ...”³⁵. Ese “estándar mínimo” no puede ser relativizado, limitado, ni menos aún, derogado.

Si bien el Bloque Mayoritario hizo 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 Argentina, tal como fuera, por ejemplo, establecido por esta Corte en el fallo “Portal de Belén” (Fallos 325:292)³⁶. Los principios asentados en dicho fallo serán expuestos con posterioridad.

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

34 GATTINONI DE MUJÍA MARÍA, *idem*.

35 *Ibidem* p. 16 con sus citas.

36 CSJN “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de. Salud y Acción Social” rta. 05/03/2002.

persona humana desde la concepción y lo hace sin matices, desde el Derecho Constitucional y desde el Derecho Internacional.

En armonía con lo expuesto en el considerando que precede, cabe resaltar que los artículos 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 artículo 1º 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 artículo 3 afirma:

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

El artículo 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 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 artículo 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”.

La vida del *nasciturus* se encuentra también protegida por el artículo 6 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 artículo 86 del

Código Penal (Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010) y lo ha hecho en estos términos:

“13. El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 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. (Artículos 3 y 6 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 artículo 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. Es cierto 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, artículo 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 con 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 Profesor 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 ...”³⁷.

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

37 BIDART CAMPOS GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 1996, Tomo I, p. 508.

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 solo no es “imposible” realizar una declaración “restrictiva” del artículo 86 segundo párrafo, sino que, descartando en este momento otras opciones de su validez constitucional, es la única viable y única obligatoria.

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” (confr. Basso, Domingo M. “Nacer y Morir con Dignidad” Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84 y sus citas)”, abonado con citas del Premio Nobel de Biología Jean Rostand, del genetista Gerome Lejeune, del Profesor B. Carlson, del Profesor W.J. Larson, del Profesor 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 que “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 fundamental 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 que “... 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, 2 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 2) 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” (O.C. 11/90, parágrafo 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.

No puedo omitir dejar asentada mi preocupación de que se ignore, de un solo golpe, y sin explicación, las fuentes del Ordenamiento Jurídico Internacional desde la “Visión argentina”.

La misma tesitura debe adoptarse respecto 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”³⁸, que sustituiría al sistema “constitucional”. Lejos está esta Corte de avalar semejante paradigma.

Ya lo he dicho y lo repito también respecto de la Convención de los Derechos del Niño que es anulada por las Observaciones Finales y la “preocupación” ya planteada. Repito. 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 artículo 1 de la Convención, ya me he referido 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 artículo 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 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

38 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.

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.”³⁹

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 el 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 (...)”⁴⁰, expresión prístina de la optimización tuitiva de la “Visión argentina”.

Si bien ya he 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 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

39 GATTINONI DE MUJÍA MARÍA “La responsabilidad del Estado Argentino ...” citado.

40 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 MARÍA, obra citada.

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 aquellos ...”⁴¹

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”⁴².

Y desde la dogmática constitucional, María Angélica Gelli sostiene que “ ... La *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

41 BARRA RODOLFO CARLOS “Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales” en AAVV. *La Reforma de la Constitución – Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1994, p. 182.

42 *Idem* p. 180.

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 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 ...”⁴³

“... 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 ...”⁴⁴

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, ya he dejado 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 ⁴⁵, 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.

43 GELLI MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina –Comentada y anotada*, Tomo II, Ed. La Ley, 2010, 4ª edición ampliada y actualizada, p. 222. En igual sentido GATTINONI DE MUJÍA, ob. cit. en cuanto a *las condiciones de su vigencia*.

44 *Idem*, p. 223

45 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, obra citada pp. 223-224).

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 solo 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*”⁴⁶ de aquellas personas humanas –“embriones”- que son protegidos por el Derecho argentino y a partir de sus recomendaciones pasan a ser victimizadas y aniquiladas⁴⁷.

Así, cabe reafirmar 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 y con su andamiaje constitucional como escudo de protección.

Conforme 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

46 Sobre significado de *innocidio* ver nota 11.

47 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 MARÍA, obra citada, nota 55.

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 ...”⁴⁸

Debo ser contundente y afirmar que el carácter de persona humana no es una “atribución” de la ley, no es una “construcción voluntaria” de una tercera persona o de un Estado, sino que la persona es tal conforme su propia naturaleza y a partir de allí es que el Derecho le reconoce –“la” reconoce en- su carácter de tal.

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”⁴⁹.

48 GATTINONI DE MUJÍA, *idem*.

49 SPAEMAN, R. “La naturaleza como instancia moral de apelación”, en *El hombre: immanencia y trascendencia. Actas de las XXV Reuniones filosóficas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, vol. I. P. 66. Cfr. En igual sentido y del mismo autor “Sobre el concepto de una naturaleza del hombre”, en *Lo*

Dentro de las citadas consideraciones deben entenderse y estimar como incluidas las categorías de “subhumano”, “semihumano” o “embrión”, “feto” o cualquier otra denominación que implique –o cuando se utilice como una posición de in-dignidad 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.

Entonces, de acuerdo con el razonamiento que vengo haciendo, 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 constitucional e internacional inequívoco, que impone la interpretación restrictiva del artículo 86, inciso 2º del Código Penal,

6.11. Discriminación.

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 artículo 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

natural y lo racional, Rialp, Madrid, 1989, pp. 49-50 citado en GATTINONI DE MUJÍA MARÍA, obra citada.

vida de un inocente es, siempre y sin excepciones, una privación arbitraria ⁵⁰ y, como tal, vedada absolutamente.

No se pueden 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 “semihumano” 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 interesante desde lo intelectual y empático desde lo emocional. Pero yerra en el eje de la cuestión jurídica. De por sí la excepción planteada en el artículo 86 del Código Penal, resultaba sumamente 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.

6.12. Eugenesia, profilaxis e igualdad.

50 GATTINONI DE MUJÍA, *ibidem*.

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, que 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 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*’⁵¹. Como puede observarse, el imaginario general tendía, y buscaba, la profilaxis⁵² del cuerpo social.

A nivel específicamente nacional, uno de los “hitos” de la *eugenesia* argentina de aquél 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 Victor 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

51 MIRANDA MARISA A., “La Argentina en el escenario eugénico internacional”, en *Una Historia de la Eugenesia – Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1915*, AAVV, MIRANDA MARISA – VALLEJO GUSTAVO, Directores, Ed. Biblos 1ª ed, Buenos Aires, 2012.

52 Profilaxis: “*t. Med. Preservación de la enfermedad*” (RAE 22ª edición).

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 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 ...”⁵³

En esa misma época, cuando el artículo 86 inciso 2º fue discutido en la Comisión del Senado, se refirió que:” ... 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

53 MIRANDA MARISA, obra citada pp. 78-79.

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 inciso 2º se modificase, cambiándose la redacción, tal como ha quedado en el Código actual ...”⁵⁴.

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 aberraciones y groserías imposibles de aceptar.

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

Una “igualdad” *ad absurdum* nos llevaría a que el edificio de exterminio del *nasciturus* debería, previo a practicar el aborto, transformar a las mujeres en “idiotas o dementes” y después realizar el aborto. Pero ni aún 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.

54 DONNA EDGARDO ALBERTO, *Derecho penal-Parte Especial*, Tomo I, Ed. Rubinzal – Culzoni, 4ª edición revisada y reestructurada, Santa Fé, 2011, p. 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 inciso 2º con una redacción anterior y algo distinta a la actual (en igual sentido DE TOMASO ANTONIO, *Código Penal Argentino*, Exposición de Motivos, Tomo II, 1921 pp. 325-326, citado por BACH DEL CHAZAL RICARDO, *El aborto en el derecho positivo argentino*, Ed. El Derecho, 1ª edición, 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).

Reiteramos. El artículo 86.2 no fue sancionado para actuar sobre la víctima de violación en sí; ni siquiera el carácter “idiota o demente” de la víctima. Por el contrario, constituye una medida de tipo *eugenésico*, de acuerdo con los antecedentes que he referido anteriormente, y es en esos términos que, únicamente, puede cobrar operatividad.

Ya he dejado asentado el presupuesto antropológico y metafísico que conforma el Estado Constitucional de Derecho. He de-construido y re-construido paso a paso el “Sistema Constitucional” que conforma la “Visión argentina” de protección de la persona humana inocente desde su estándar mínimo. He señalado el carácter estrictamente *eugenésico* de la creación del artículo 86 inciso 2º del Código Penal.

6.13. El aborto “no punible”: ¿”derecho” o “permiso” (o “perdón”)?

Corresponde, ahora, profundizar y dejar asentada mi 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 ⁵⁵.

En su génesis, se plantea el histórico entendimiento de aquéllos que estimaban limitado el supuesto “2” del artículo 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 artículo 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

⁵⁵ 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–, Ed. Abeledo Perrot, pp. 1165/1168, *passim* para el presente considerando.

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 absolutoria 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.

No se 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 artículo 86, inciso 2º, del Código Penal”. Tal posición hace incurrir al Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho en un Estado Criminal de Lesa Humanidad.

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 artículo 86 inciso 2º del Código Penal es más un *permiso* y no un “derecho”.

Pero en realidad, el *permiso* no es la “naturaleza jurídica” más apta para que la ley sea Derecho.

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 artículo 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 sigts. del Código Penal.

Por ello, deducir que la “cláusula de no punibilidad” implica consagrar un “derecho” subjetivo anclado en el principio de reserva del artículo 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.

No resulta posible 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 la Corte.

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.

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 artículo 86.2 consagraría a toda víctima de violación.

Ya expresé mi pensamiento en cuanto a 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 me detendré en 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.

Debe tenerse en consideración que el Estado Constitucional de Derecho exige, en algunos casos, sacrificios. Existen ejemplos tristes. 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, yo me 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.

Debe prevalecer, en palabras de Sancinetti que hago mías, el derecho del no-nacido a nacer, como derecho subjetivo inalienable. Y es por eso que, concluido que no es un “derecho”, que el “permiso” no abarca la naturaleza correcta, propondremos que se disponga de un “perdón”. La explicación, será desarrollada *infra*.

6.14. La “ponderación” del Bloque Minoritario (“balancing test”).

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 ...”.

Opino 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 artículo 86, 2º del Código Penal no constituye un derecho humano de la madre anclado en el artículo 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 *eugenesis* 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 aún 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 dialéctica⁵⁶ del conflicto, “imaginario” hegemónico en la materia. Es allí donde entiendo que el “conflictivismo” no ha presentado una solución adecuada para el caso. Es más, el paradigma conflictivista presenta algunos inconvenientes que llevan a forzar los razonamientos y termina siendo inadecuado para un Estado Constitucional de Derecho.

Ya he desarrollado y sostenido la postura de “*armonización de los derechos*” como paradigma natural al Estado Constitucional de Derecho. Ésta visión implica que el Juez debe descubrir⁵⁷ la verdadera entidad de 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

56 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*, Ediciones RIALP S.A., Madrid, segunda edición, 2007, p. 222/224).

57 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*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1ª ed. 2007, p.300/302).

autónomas 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. No se puede, bajo ningún concepto, sostener semejante aberración. La categoría de *untermenschen* debe ser definitivamente erradicada de la faz de la Tierra.

6.15. Tensión de pretensiones – armonía de derechos.

Ya he sostenido 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.⁵⁸

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.⁵⁹

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.

Ese 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 ese será el ámbito de protección, ni más, ni menos.

⁵⁸ *Ibidem* p. 39.

⁵⁹ TOLLER FERNANDO – SERNA PEDRO, *La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales – Una alternativa a los conflictos de derechos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 3 y 5.

Quedan así evidenciados los vicios de razonamiento del Bloque Minoritario. Es la “armonización de derechos” la visión ajustada a un Estado Constitucional de Derecho frente al “conflicto de derechos” y a su “ponderación”.

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.⁶⁰

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.⁶¹

6.16. La Constitución Nacional, esperanza de la persona humana.

Conforme esta postura, 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

60 *Idem* p. 302.

61 TOLLER – SERNA, obra citada p. 40 y sigts..

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 los hombres (entendidos todos los sexos) 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”⁶²

En el caso específico que dio origen al planteo jurídico, no resulta imposible, aún cuando el dolor atraviesa la decisión, determinar el contenido esencial del derecho “vida humana” del *nasciturus* como necesariamente armónico con la situación de gestación por parte de la madre que no es “idiota” ni “demente”.

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 la “condición de vigencia” de dichos Tratados

62 ZAGREBELSKY GUSTAVO, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, Novena Edición, 2009, p. 14/16, con algunas modificaciones.

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.

6.17. Requisitos que deben ser considerados conforme el art. 86.2 C.P..

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto en relación a la “Visión argentina”, lo cierto es que el artículo 86, inciso 2º, existe. Y como ya he sostenido, 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.

En tal sentido, mientras la norma 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 revistan importancia tal como para legitimar dicha decisión.⁶³

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.

Soy 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”, deberá permitir que los profesionales médicos ejerzan su derecho a la “objección de conciencia” para realizar tales prácticas, 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.

6.18. La exclusión de punibilidad

Se exige celo y atención ante la posibilidad de que exista una incitación desmedida por parte de personas físicas y jurídicas a forzar los límites

⁶³ Del voto en disidencia del Dr. Carlos A. Mahiques como conjuer 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.

de las cláusulas de exclusión de punibilidad del artículo 86 inciso 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.

Recordemos lo que decía el “Juramento Hipocrático”⁶⁴, hace ya casi 2.500 años:

“Juro por Apolo, médico, por Asclepio, Higia y Panacea, y por todos los dioses y diosas, tomándolos como testigos, que cumpliré fielmente, según mi leal saber y entender, este juramento y compromiso.”

“(…) Tampoco le daré a nadie un medicamento mortal, ni siquiera si me fuera solicitado, ni tampoco asesoraré a nadie al respecto; tampoco le suministraré a ninguna mujer un medio abortivo. Resguardaré mi vida y mi arte en forma pura y piadosa (...). Si cumpliera este juramento y no lo quebrantase, séame concedido avanzar en mi vida y en mi arte, ganándome la estima de todos los seres humanos para siempre; pero si lo infrinjo y quebranto, caiga sobre mí la suerte contraria”

Y sigo a Sancinetti cuando manifiesta que sería de extrañar que el padre de la medicina haya hecho esa aserción juramentada si no hubiera visto en ésta un fundamento vinculado *al valor de la vida*. Y afirma con razón que “... Sería un argumento abyecto pensar que Hipócrates hizo tal juramento porque se imaginó que eso sería lo que le habrían propuesto Apolo, Asclepio, Higia o Panacea, si hubieran podido dialogar con él en forma directa; o se, sólo por un ‘mandato *religioso*’ y no por un ‘pensamiento *libre*’. Ese sería un argumento paralelo a los que pretenden desacreditar una opinión contraria a la moralidad del aborto, en razón de que quien habla ‘opina así porque está influido por la Iglesia

64 Tomado de Sancinetti, quien toma la versión española conforme cita “2”.

católica’, por la opinión de rabinos ortodoxos o por cualquier otro culto religioso ...”

Y continúa “... Verdad es también que el juramento hipocrático tiene hoy una versión *secular*, sin poner delante del médico a Apolo ni a ningún otro dios griego, romano ni de otra índole, como testigo del compromiso. Tal juramento secular se halla en la Declaración de Ginebra de la Asociación Mundial Médica, de 2006, según la cual:

“En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica, prometo solemnemente: (...) velar con el máximo respeto por la vida humana; no emplear mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, incluso bajo amenaza; hago estas promesas solemne y libremente, bajo mi palabra de honor”

Y expresa que “... Si un médico asume ese deber ‘incluso bajo amenaza’ es de suponer que una conminación penal o de la aplicación de una sanción administrativa en miras a que él intervenga activamente en causar la interrupción de la vida humana en gestación también debería ser vivida como una ‘amenaza’ que no tiene porqué ser obedecida, según su compromiso hipocrático secular. ‘La coacción coacciona, pero no obliga. Sólo un valor puede obligarnos, y en este caso nos obliga éticamente’ ...”⁶⁵

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.

La Academia Nacional de Medicina se ha expedido y ha sostenido que:

“Ante el debate legislativo acerca de la despenalización del aborto, la Academia Nacional de Medicina reitera los preceptos que ha sostenido desde siempre (...): Que el niño por nacer, científica y biológicamente, es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su

65 SANCINETTI, obra citada con sus notas “2”, “4” y “5”.

concepción. (...) Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano. Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento”⁶⁶

Por otra parte, la mera posibilidad de que se actúe de la manera descrita, incluso la probabilidad o aún hechos consumados específicos, no pueden llevar 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 aquellos casos en que se den todos los requisitos configuradores de las cláusulas de exclusión de punibilidad. Existe, en este punto, ante una paradoja evidente, pero 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 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.

7. Recapitulación. Algunas conclusiones.

Por un lado, una recapitulación sintética lleva a afirmar que:

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

⁶⁶ “Declaración en defensa de la vida – Academia Nacional de Medicina”, Buenos Aires, 22 de marzo de 2018.

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.⁶⁷

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.⁶⁸

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.

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 he 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.

67 TOLLER – SERNA p. 75.

68 *Idem* p. 53.

- 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 ⁶⁹, 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 la

69 Cfr. ALBERDI, *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.

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.⁷⁰

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.⁷¹

8. 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 un paradigma liberal extremo.

A través del conflictivismo, del balance como ponderación –como dos herramientas ejemplificativas- procuran vaciar -a la superestructura- los

⁷⁰ TOLLER – SERNA, p. 56.

⁷¹ *Idem*, 71.

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. La “apertura” a las discusiones parlamentarias, deliberativas, sociales, políticas y populares acaecidas en 2018 así lo confirmaron.

Establece como fuentes directas del ordenamiento jurídico a trabajos preparatorios, Opiniones Consultivas, Recomendaciones y Preocupaciones de Comités de Organismos Internacionales, dándoles rango supra-constitucional.

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 –oscura y triste- 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”⁷². 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.

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 a 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 –por aberrante que sea-, 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.

Es por eso que he intentado estructurar mi opinión sobre el artículo del nuevo proyecto, de tal forma que refuta y formule propuestas desde las

⁷² 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).

convicciones constitucionales, desde el Estado de Derecho, y con herramientas prácticas.

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 artículo 2 segundo párrafo de la disposición interna legislativa individualizada como Ley nº 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 debe ser enmendada.

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 bodineano⁷³, 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.

Esta 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 –de todos los sexos- del mundo que quiera habitar el suelo argentino”, desde su concepción y hasta su muerte.

73 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 Sieyes desarrolla el de “soberanía nacional”.

He aquí mi convicción constitucional, mi convicción jurídica. Está en manos de los operadores judiciales sostener, profundizar y expandir esta “visión”. Valga este aporte para abonar ese camino.

9. Propuesta referida al Derecho Internacional desde la Constitución Nacional, escudo y esperanza de la persona humana

Considero indispensable exhortar 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 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 artículo 2 segundo párrafo de la disposición interna legislativa individualizada como Ley nº 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.

10. Propuesta de Derecho Penal desde la Constitución Nacional, escudo y esperanza de la persona humana

10.1. Los tipos penales. Una propuesta

Se propone que el Capítulo 1, Título I, Libro Segundo del Proyecto de Código Penal sea dispuesto de la siguiente forma:

ARTÍCULO 85.- El que causare un aborto será penado:

1°) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer o persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta a quince QUINCE (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer o de la persona gestante.

2°) Con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer o persona gestante. El máximo de la pena se elevará a SEIS (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer o persona gestante.

ARTÍCULO 86.- 1. Se impondrán las penas establecidas en el artículo 85 e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto de la persona gestada o cooperaren a causarlo.

2. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer o persona gestante embarazada no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o mental de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

ARTÍCULO 87.- 1. Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años, al que con violencia causare un aborto sin haberse representado esa consecuencia, si el estado de embarazo de la mujer o persona gestante fuere notorio, fuera revelado o le constare.

2. Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años y, en su caso, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena a prisión, al que causare un aborto por imprudencia, negligencia o por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo. El aborto imprudente causado a sí misma por la mujer embarazada o persona gestante no es punible.

ARTÍCULO 88.- 1. Se impondrá prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, a la mujer o persona gestante que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare.

2. Se impondrá prisión de UN mes (1) a UN año (1) cuando el embarazo proviene de un abuso sexual.

3. El juez podrá disponer que la pena se deje en suspenso o eximirse de ella cuando el embarazo proviene de un abuso sexual y exista un cierto nivel de afectación de la salud física o psicológica de la mujer o persona gestante, teniendo en cuenta:

a) la educación, la calidad de los motivos que la determinaron a actuar, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, las consecuencias lesivas que hubiese sufrido como consecuencia del hecho,

b) su actitud posterior, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad

Para que la suspensión o eximición de pena sea considerada:

I). el aborto debe haberse realizado dentro de los 14 días desde producido el embarazo consecuencia del abuso,

II). debe haberse formulado la denuncia penal contra el sujeto activo – individualizado o no- del delito contra la integridad sexual

III) debe haberse realizado una revisión médica que determine la posible existencia de un abuso motivo del embarazo.

4. La tentativa de la mujer o persona gestante embarazada de causar su propio aborto no es punible.

10.2. Los tipos penales propuestos. Fundamentos

Identidad de género

Como primer punto de esta disidencia, quiero resaltar que he ajustado la redacción a los requerimientos de la ley 26.743 que establece el derecho a la identidad de género de las personas. En este sentido se incluye expresamente y se le da plena operatividad a la norma, en particular a la garantía que expresa que “Toda persona tiene derecho ... c) a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada (art. 1)”, en donde “ ... Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona se siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo ...”

Es por eso que se materializa el “Trato digno” que prevé la ley en el artículo 12 cuando sostiene que “ ... Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas (...) que utilicen un nombre de pila distinto al

consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. (...) En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada ...”

En este sentido, en todos los artículos se agrega a la “mujer”, a la “persona gestante”, haciendo que sea el Estado Nacional el que haga operativo este derecho en coherencia con la legislación dictada y es por eso que se la menciona en diez (10) oportunidades a lo largo de los cuatro (4) artículos referidos al aborto.

Ello, sin perjuicio de la opinión personal que se pueda tener. La ley está vigente y hay que hacerse cargo.

En los artículos, en muchos casos he mantenido la redacción original del Anteproyecto, en otros le he suprimido partes, le he agregado otras, tanto de otros proyectos parlamentarios como ideas personales.

Hecha la aclaración, prosigo con los artículos.

Art. 85:

En este artículo se respeta la estructura íntegra del art. 85 así como las penas previstas.

Art. 86:

Art. 86.1

Respecto del artículo 86, el punto “1” se mantiene la redacción igual que en el Anteproyecto, aunque se agrega –aún a fuer de ser redundantes– “el aborto de la persona gestada”, en consonancia con el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (BO 8-10-2014), que dispone en el artículo 19: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana

comienza con la concepción”. “... Algunos alegan que la persona por nacer no sería plenamente persona pues el artículo 21 dispone: “Artículo 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”. Al respecto, estas disposiciones no deben entenderse como negatorias de la personalidad del concebido, pues su origen se vincula con evitar fraudes sucesorios. De allí que los derechos a los que hace referencia la norma sean los derechos de contenido patrimonial. Así, por ejemplo, si a tenor del artículo 665 una madre hubiera percibido alimentos por un hijo por nacer que finalmente nació muerto, el padre no podría alegar que ese hijo “nunca existió” y reclamar la devolución de tales sumas. ...”⁷⁴

“ ... Otros artículos del Código Civil y Comercial que ratifican la plena personalidad del concebido con el 24 que se refiere a la capacidad de ejercicio de las personas por nacer; el 101, que reconoce a los padres como representantes de sus hijos por nacer; el art. 574 que permite el reconocimiento de un hijo por nacer; el artículo 592 sobre impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley; el artículo 2279, sobre las personas que pueden ser herederas; el artículo 57 que prohíbe toda “práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia ...”⁷⁵

Nos indica el “Análisis” desarrollado por el Centro de Bioética “Persona y Familia”, ya citado, que “... Estudios científicos han establecido que el índice de muerte materna vinculado al aborto (también el denominado “aborto seguro”) es 2,95 veces más elevado que el de embarazos que llegan al parto⁷⁶. Asimismo, en riesgo en las usuarias de la RU-486 parecería ser más probable la aparición de muertes sépticas debido a que el mecanismo de acción de esta droga

74 Centro de Bioética Persona y Familia, “Análisis del proyecto de ley de aborto libre y propuestas para la maternidad vulnerable”, www.centrodebioetica.org – www.maternidadvulnerable.com.ar.

75 *Idem*

76 Investigación realizada en el Centro Nacional de Investigación y Desarrollo para el Bienestar y la Salud de Finlandia (Am J Ob Gyn, 2004, 190: 422-427), citado en “Análisis de ...” Centro de Bioética “Persona y Familia”, p. 18/19.

favorece las infecciones por gérmenes especialmente peligrosos⁷⁷ . También se asocia al aborto provocado (curetaje) con un riesgo aumentado de la pérdida del hijo⁷⁸, de placenta previa y parto prematura con posible aborto espontáneo en el siguiente embarazo⁷⁹.

Art. 86.2:

El punto “2” del art. 86, que se refiere a las cláusulas de “no punibilidad”, mantiene aquel sindicado como art. 86 “2.1.” del Anteproyecto, aunque suprime la aclaración de la salud “física o mental” de la madre, y mantiene en tal sentido, la redacción actualmente vigente. Ello porque la aclaración “mental” no se condice con la cláusula de “no punibilidad”, que se refiere al peligro cierto de la vida o la salud física de la madre. La inclusión pretendida podría llevar a una interpretación amplia que, como el lecho de procusto, ajustaría muchos casos no previstos por la norma a este supuesto de “no punibilidad” que, por su carácter de tal, debe ser interpretado y aplicado de forma restrictiva. Ello, habiendo aclarado que el inciso “1” se refiere exclusivamente a la vida o salud física de la persona gestante. Es la indefectible y única opción entre dos vidas, luego de haber intentado salvar ambas.

Mi propuesta elimina el punto “2.2”: “Si el embarazo proviene de un abuso sexual”, por considerarlo contrario a la Constitución Nacional, que conforma en escudo y esperanza para la persona humana desde la concepción, de acuerdo con las consideraciones ya formuladas. No obstante ello, y contemplando la tragedia de la situación, se introducirá en el art. 88 una atenuación de pena –que puede llegar incluso a ser eximida- para los supuestos en los que el aborto fuera practicado respecto de una mujer o persona gestante víctima de abuso sexual, en ciertas condiciones.

77 Investigación realizada por el Dr. R. Miech de la Brown Medican School de Rode Island, EEUU (Ann Pharmacother, 2005) y por el equipo del Centers for Disease Control and Prevention, Atlanta, EEUU (N Engl J Med. 2005 Dec 1; 353(22):2352-60)

78 Investigación llevada a cabo por el Shanghai Institute of Planned Parenthood Research, China (int. J Epidemiol, 2003, 32:449:54).

79 Investigación llevada a cabo en el Fred Hutchinson Cancer Research Center, Division of Public Health Sciences, Seattle, WA, EEUU (int J Gynaecol Obstet, 2003, 81:191-8), y en la Universidad de Medicina de New Jersey OR 1,7 (95% IC 1,0-2,9) (Am J Obstet Gynecol, 1997, 177:1071:1078).

Si bien el análisis de porqué corresponde eliminar el supuesto “2.2.” fue desarrollado extensamente, me limitaré aquí a hacer más las reflexiones de la disidencia del miembro de la Comisión Dr. Carlos Mahiques que transcribo a continuación:

“... En efecto, resulta oportuno destacar que las cláusulas de no punibilidad consagradas en este artículo, que responden a una decisión político criminal, no pueden soslayar los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en el marco de los pactos internacionales de derechos humanos y más aún con nuestra propia carta magna. Sobre el particular, es dable destacar el contenido de las Convenciones internacionales integradas a nuestra Constitución Nacional con análoga jerarquía, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece en su artículo 3° que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone en su artículo 6° que “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”.

“En el mismo sentido la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre postula en su primer artículo que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 4° que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”.

“En último término, la Convención de los Derechos del Niño señala en el artículo 6° que “Los estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” y la ley N° 23.849 que aprueba el mentado cuerpo normativo determina que “niño” debe interpretarse como “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Sobre este punto, es dable aclarar que el inciso 22 del artículo 75 de nuestra carta magna incorpora los pactos internacionales en las condiciones de su vigencia, lo que permite aseverar

que, siendo la ley 23.849 anterior a la reforma constitucional de 1994, ha quedado integrada al bloque constitucional y junto con ella la definición del término niño.”

“De este modo, la extensa normativa citada precedentemente nos compele a un mayor análisis de la cuestión en el cual estas cláusulas de no punibilidad sólo serían aceptables si tienen por objeto la evitación de otros daños o lesiones que revistan importancia como para legitimar una decisión tan trascendente. ...”⁸⁰

Art. 87:

Art. 87.1:

Con relación al artículo 87, en su punto “1”, además de los supuestos de “aborto preterintencional” –así ha sido designado por parte de la doctrina en su momento- que prevé que el embarazo fuera “notorio” o “le constare”, se le agrega “fuera revelado”. Ello en razón de la inclusión de “persona gestante” en el articulado, que implica que no necesariamente un embarazo será unidireccionalmente entendido como tal por parte del autor para el caso, por ejemplo, en el que la persona gestante sea transexual, aunque al ser genéticamente de cromosomas homogaméticos “XX”, perfectamente puede llevar adelante un embarazo. Si la persona gestante le revelara que está en estado de embarazo, el autor no podrá alegar su ignorancia aduciendo, por ejemplo, una incompatibilidad entre el aspecto exterior de la persona gestante y la condición de embarazada.

Art. 87.2:

En el punto “2” del art. 87 se mantiene la atenuación de pena para el “aborto culposo”.

Art. 88:

80 MAHIQUES, CARLOS, “Fundamentos de las Disidencias” de los miembros de la Comisión del Proyecto de Reforma del Código Penal.

Art. 88.1:

Respecto del art. 88 punto “1” se mantiene la pena máxima en abstracto prevista en el Código vigente, de cuatro (4) años de prisión, en lugar de los tres (3) años que se postula en el anteproyecto. No se ve la necesidad, pertinencia o explicación para disminuir la pena máxima.

Art. 88.2:

En el punto “2” del art. 88 se incluye una atenuación específica con una pena de UN mes (1) a UN (1) año (1) de prisión “... cuando el embarazo proviene de un abuso sexual...”, manteniendo la redacción del supuesto de “no punibilidad” del art. 86.2.2. del Anteproyecto. Me remito a lo antedicho respecto de porqué considero que no debe considerarse una causa de “no punibilidad” de las previstas en dicha norma.

Art. 88.3 e *in fine*:

Se mantiene el carácter de “no punible” de la tentativa de aborto de la mujer o persona gestante en el último párrafo, y se realizan un serie de reformas y propuestas al inciso “3” del art. 88.

Una novedad propuesta es que el juez pueda disponer que la pena se deje en suspenso o eximirla de ella para el caso de un embarazo producto de un abuso sexual. Debe haber existido cierto nivel de afectación de la salud física o psicológica de la mujer o persona gestante. Habrá que ser muy cuidadoso en su aplicación y la interpretación debe ser restrictiva, aunque el nivel de afectación física no debe ser vital; ello hace que no incurra en el supuesto del 86.1.

Para ello se dan una serie de requisitos que deben ser tenidos en cuenta.

Art. 88.3.a:

Como inciso “a” debe considerada la educación, la calidad de los motivos que la determinaron a actuar, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.

Estos requisitos provienen del proyecto de ley Expte-S-1823/18 (Pinedo) para sustituir el actual art. 88⁸¹

Este supuesto implica el desarrollo de políticas públicas destinadas a los denominados “embarazos vulnerables”, tanto en general como en el parto y el posterior acompañamiento en la responsabilidad de cuidar al recién nacido⁸². Tanto los programas de prevención del aborto, como aquellos que apoyan a la mujer embarazada con algún riesgo de abortar, son efectivos cuando se enfocan en resolver la situación de vulnerabilidad que lleva a considerar el aborto. Señala como “diversas” a las circunstancias a las que puede enfrentarse la mujer en ocasión de un embarazo, tales como la minoridad o adolescencia, la falta de una relación familiar estable, situaciones de violencia de género o intrafamiliar, inestabilidad laboral o carencia de recursos económicos mínimos, sumados a la ausencia de información suficiente.

Tal política de acompañamiento desde el Estado, tenderá a minimizar los supuestos del 88.3 y deberá ofrecer a las mujeres que se encuentren en situación de vulnerabilidad como las descritas, las herramientas necesarias para resolver o minimizar las dificultades que pueden encontrar durante el embarazo y durante los primeros años de vida del niño. Es una obligación del Estado, reconocida en normas de consenso internacional.

81 Expte. S-1823/18 (Federico Pinedo) Proyecto de ley . . . Art. 88: “Será reprimida con prisión de 1 a 4 años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro lo causare. El Juez podrá reducir la pena a la mujer al mínimo legal en atención a su edad, su educación, la calidad de los motivos que la determinaron a actuar, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, y las consecuencias lesivas que hubiere sufrido como consecuencia del hecho. La tentativa de la mujer no es punible . . .”

82 Centro de Bioética Persona y familia, “Análisis del Proyecto . . .” ya citado, al que seguiremos en este punto. Resulta muy interesante el estudio realizado en Chile sobre embarazos vulnerables, citado a fs. 14/15 del informe, Koch, E. (2013), “Impact of Reproductive Laws on Maternal Mortality: Recent Scientific Evidence from Natural experiments on diferent populations, lectura at the Life & Family event in the United Nations, disponible en <http://www.alliancedefendingfreedom.org/MDGs>, cita en nota “19” del Informe.

También de dicho proyecto se tomó la idea de “... las consecuencias lesivas que hubiese sufrido como consecuencia del hecho...”. El proyecto no brinda motivos específicos, sino que se remite a la “profundización” sobre la problemática, surgida en los debates parlamentarios.

Pero además de las consecuencias físicas, “... se ha observado en mujeres que se han practicado abortos la presencia de una serie de síntomas asociados con el estrés postraumático⁸³. (...) en la actualidad la sociedad científica ha comenzado a admitir la existencia de secuelas específicas luego de la práctica de abortos voluntarios. Entre algunos síntomas se suelen enumerar los siguientes: síntomas depresivos y ansiedad relacionados con el aborto realizado; sentimientos de culpa y pérdida de autoestima; pesadillas frecuentes relacionadas con el hecho; evitación y/o rechazo de estímulos o situaciones que recuerden el aborto; empeoramiento de los síntomas en las fechas en que tuvo lugar el aborto o en que el niño debería haber nacido (reacciones de aniversario); alteraciones conductuales relacionadas con emociones provocadas por el aborto ...”⁸⁴

Art. 88.3.b:

b) su actitud posterior, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar pena privativa de la libertad

Se mantienen estos supuestos del Anteproyecto de ley.

Se dejan asentados así, los supuestos en los que es posible suspender o eximir la aplicación de la pena a la persona gestante. Personalmente, al igual que Pinedo, estoy en contra de la “despenalización” y no considero aceptable su legalización.

No obstante ello, no busco ni deseo una cárcel llena de mujeres pobres, desesperadas, angustiadas que en condiciones extremas físicas y psíquicas, decidieron, condicionadas y casi determinadas, a terminar con la vida de la persona gestada, su hijo.

83 Cf. American Psychiatric Association, Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, 5ª edición.

84 Centro de Bioética ... “Análisis del proyecto ...” ps. 18/19.

Y es por eso que propugno la decisión de Política Criminal de atenuar o eximir de pena a las mujeres y otras personas gestantes que reúnan esas condiciones.

De esa forma el Estado Social y Democrático de Derecho, Constitucional y Moderno, mantiene su carácter ético al proteger la vida y la persona humana desde el momento de la concepción. Pero también demuestra compasión y misericordia con la situación específica de aquellas personas a quienes debería condenar pero decide otorgarles un “perdón”. Ello aún al elevadísimo precio de dejar impune el asesinato de personas humanas inocentes, víctimas irreparables y eliminadas que desgarran con sus gritos silenciosos desde la oscuridad eterna. Pero un espíritu de “Política Criminal” teñido de humana misericordia me lleva a presentar este “perdón”, no como imprescindible, sí como adecuado.

Son consciente de que en un Estado Laico y Liberal, hablar de “misericordia” puede parecer un tanto religioso. Pero en ningún momento mi crítica, o mi proyecto, hablaron de Dios, de fe o de caridad. Si hablaron de esperanza y misericordia, pero son valores que cualquier Estado de Derecho que se precie de tal, debe incluir entre sus principios rectores. La “Misericordia” implica una excepción fuertemente restringida. Y ese debe ser el espíritu de su aplicación.

Y es por ello que se exigen una serie de requisitos para que el “perdón” del Estado sea viable, aún cuando no es el Estado el que se encontraría facultado para “perdonar”.

Resulta obligatoria la denuncia penal con la revisión médica que determine la posible existencia de un abuso sexual que haya dado motivo al embarazo no deseado. Debe superarse el tramposo requisito de “FAL” de limitar a una declaración jurada la existencia de la “violación” y la consecuente impunidad. La situación debe ser real, no formal, y es por eso que debe determinarse de forma material la existencia de la condición.

Por último, la polémica de fijar en 14 días como máximo, el plazo del aborto que puede ser disminuido o exceptuado de pena.

Distintos proyectos, o antecedentes, han optado por diversos caminos. El fallo “Roe v. Wade” de los Estados Unidos, divide en tres trimestres para establecer realidades y consecuencias diferenciadas. El fallo “FAL” no pone límites, por lo que el aborto puede practicarse durante los 9 meses y hasta el nacimiento. Otros propugnan el primer trimestre, otros diversos meses.

Resultando el punto de inflexión para el aborto, relativamente arbitrario, propongo un término de 14 días que tiene sus razones. Tengo que admitir que tratar una posible eximición de pena como si la persona gestada y realmente existente de entre 0,1 y 14 días no fuera considerada tal, me produce un cierto rechazo. Pero volvemos al perdón y a la misericordia hacia esas madres y así continúo brindando la explicación.

Recordemos que el embrión, desde la concepción, “... es una vida humana; sólo que está gestándose hacia un desarrollo ulterior que prosigue también después del nacimiento y se prolonga por varios años. Formulado en términos biologicistas: a la sexta semana de gestación el corazón del embrión late; estos latidos del corazón muestran que existe una ‘vida’...”⁸⁵.

Y es el mismo Sancinetti quien describe el caso en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que cuando el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y que “este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, debe entenderse por “concepción” el momento de la “anidación” del embrión en el útero⁸⁶, es decir, del embrión de 14 días de gestación, contado desde la fecundación.

85 SANCINETTI, MARCELO ALBERTO, “¿Aniquilamiento de la vida humana del no-nacido por parte del Estado?, ya citado,

86 Dice Sancinetti “... Hizo también muchas otras aseveraciones erróneas que *tuercen* el texto de la Convención respecta ...” en nota “10” con remisión a un trabajo crítico. El fallo es CIDH “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica”.

La Argentina ha dejado claro, desde las propias normas de derecho internacional, que conforman las condiciones de vigencia, y luego por la propia Corte, 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” (confr. Basso, Domingo M. “Nacer y Morir con Dignidad” Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84 y sus citas)”, abonado con citas del Premio Nobel de Biología Jean Rostand, del genetista Gerome Lejeune, del Profesor B. Carlson, del Profesor W.J. Larson, del Profesor T.W. Sadler, cuyos argumentos se ven reproducidos en los considerandos 6 y 7 del Fallo “Portal de Belén” (Fallos 325:292), ya referido.

En razón de lo expuesto es que se exige un “perdón” para los abortos cometidos por las personas gestantes sobre las personas gestadas, puesto que el principio es que la vida humana debe ser respetada en todas sus formas.

Y para tomar cabal sentido de cuál es la etapa de la vida humana que ha transcurrido hasta la semana 14, haré un sintético recorrido del desarrollo de esa persona humana gestada⁸⁷.

- Día 1: Fecundación: dos conjuntos de material genético, uno de la madre y otro del padre, se combinan para formar un nuevo mensaje genético. Es el momento de la concepción, cuando se crea el ADN único de un nuevo ser, una firma

⁸⁷ La descripción proviene de TALLACK, PETER, *En el vientre materno – el viaje de un bebé, desde la concepción hasta el nacimiento*, publicación y video de National Geographic Society, de la traducción de Bet Nonell Burrull, 2007 de la 1ª edición, septiembre de 2007. Se limita a la descripción básica de los acontecimientos más importantes en los primeros días y semanas. No se utilizan todos los términos del autor para designar a la persona humana gestada.

humana que no había existido nunca y nunca se repetirá. Se ha creado la primera célula.

- Día 2: Empieza el viaje: el cigoto inicia su viaje y baja por la trompa de Falopio hacia el útero. Unas 30 horas más tarde se divide por primera vez y se produce una copia idéntica del ADN. Luego se empieza a completar la segunda ronda de divisiones.

- Día 5: El proceso de división continúa mientras viaja por las trompas de Falopio. Al llegar al útero, tres o cuatro días después de la fecundación, contiene entre 32 y 64 células. Y en los dos o tres días siguientes se convierte en una blástula, una esfera hueca llena de fluido nutritivo procedente del útero. Un par de días después de la llegada de la blástula al útero y justo antes de su implantación, las secreciones de las paredes uterinas provocan la degeneración y desaparición final de la zona pelúcida. Hasta ahora, ésta había protegido a las células y evitado su adhesión accidental a las paredes de las trompas de Falopio. Este proceso es vital para asegurar el embarazo, puesto que permite que la blástula aumente de tamaño y libere las sustancias que erosionarán la pared uterina durante la implantación. Tras aumentar su tamaño se dividirá en dos, una parte se convertirá en la placenta y la otra continuará como embrión.

- Semana 2: Implantación: el séptimo día, la blástula, que ahora contiene casi un centenar de células, se ha insertado en la pared del útero y se han fusionado.

- Día 10: el embrión ha desaparecido de la pared del útero.

- A partir del día 14: las células pasan a estar “comprometidas” –dirigidas o programadas para una función específica- y el proceso a partir del cual adquieren las características y funciones de un tejido u órgano en particular se conoce como “diferenciación”. El embrión dispone ya del material necesario para desarrollar sus órganos.

- A partir de la 3ª semana: Se formarán la espalda, la cabeza, la cola y lo que será la boca y el ano, cerebro y médula espinal.

Debe dejarse bien en claro. La dignidad de la vida de la persona humana desde la concepción hasta el día 14, es exactamente igual que la dignidad de esa persona en el transcurso restante del embarazo y una vez nacida. Tampoco corresponde sostener que aquí merece una “menor” protección legal. Por una decisión de Política Criminal, se opta por “perdonar” el aborto para ciertos casos restrictivos y específicos. Por eso no hablamos de despenalización o legalización del aborto.

11. Final: una propuesta para el debate

He formulado una crítica al tema del aborto tal como es tratado en el Anteproyecto de la Comisión presidida por el Dr. Borinsky.

A la vez, he dejado asentado el esbozo de una propuesta. Es cierto que la propuesta, seguramente, no sería aceptada por ninguna de las posturas. Pero digo que es un esbozo porque su redacción me, y nos, interpela para iniciar una discusión y un debate de ideas tendente a ver si es posible tender puentes.

El sector abortista (o “pro choice”) disientirá porque postula la despenalización total del aborto, o porque no propongo que sea totalmente despenalizado hasta determinado día, semana o mes.

Aquellos que aceptan el aborto sólo en determinados casos, como la violación, objetarán que el supuesto de atenuar o eximir de pena se da para ciertos sectores vulnerables y las violadas que no son de esos recursos no están

involucradas en el perdón. Por otra parte, ese perdón debería traer como consecuencia que dentro de los primeros 14 días se puedan aplicar los protocolos de aborto, sin o con intervención judicial. Además, estarán de acuerdo con mantener la redacción del Anteproyecto en el punto del 86.2.2. con la idea del fallo “FAL” considerando que no debe “perdonarse” un caso de violación, sino que debe despenalizarse de forma lisa y llana.

El término de 14 días de “perdón” puede, además, traer una discusión de índole procesal. En efecto el Código Procesal Penal Federal – próximo a entrar en vigencia efectiva como prueba piloto en Salta y Jujuy y luego paulatinamente en todos el país-, podría hacer que en un sistema acusatorio con criterios de oportunidad reglada, como aquella que prevé el art. 31 en sus diversos incisos –incluida la “pena natural”-, el Ministerio Público Fiscal -que es el órgano que, tal vez, sería consultado por las autoridades hospitalarias para que se las avale a realizar el aborto, lo autorizaría y podría prescindir de la titularidad de la acción, sin llegar a que exista un “perdón” declarado y desnaturalizando así el principio ético, jurídico y legal que se intenta impulsar.

Si se diera esa articulación entre los códigos Penal y Procesal Penal Federal que permitiera al Ministerio Público Fiscal decidir la realización de un aborto por preverse la disminución o eximición de pena, debería contemplarse también la inclusión, en alguna norma, de la objeción de conciencia individual y colectiva, tanto a nivel médico como a nivel judicial. Ésta circunstancia traería objeciones por parte de los grupos abortistas.

Por supuesto que la necesidad de denuncia penal y verificación médica del abuso denunciado, haría afirmar a esta posición que se trata de una revictimización de la víctima de abuso. La Corte, en “FAL” tomó un camino exótico en este punto, limitando los supuestos a una mera “declaración jurada.

También estoy seguro de que traería objeciones, observaciones, supresiones y adiciones por aquellas personas que, incluso, se encuentran en el grupo “antiabortista” o “Pro vida”.

Se me ocurren, entre otros:

- La inclusión de la idea de “persona gestante” en la redacción de todos los artículos.
- En el artículo 88, el inciso 2 sería objetado por aceptar el supuesto de atenuar la pena cuando el embarazo proviniera de un abuso sexual.
- La atenuación o eximición de la pena como supuesto sería, seguramente, uno de los escollos insalvables del artículo.
- El “perdón” como instituto penal traería algunas discusiones.
- La “arbitrariedad” de los 14 días para ese perdón también constituyen un hito que, seguramente, traería fuertes objeciones y cualquier término sería, tal vez, inadmisibles, puesto que parece que la persona gestada, en ese período, es “sub-humana” o merece menor protección que durante el resto de su gestación y desarrollo .
- La “vaguedad” de los requisitos debería ser profundamente discutida y definidos.

Es por eso que la propuesta configura más una hoja de ruta, una hipótesis de discusión, totalmente reformable, luego de producida.

En mi fuero íntimo considero al aborto como un crimen, entendible en algunos casos pero injustificable desde un Estado de Derecho. A partir de mi propuesta, intento dar un sustento ético al Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho y a la vez conformar un halo de compasión a través del perdón de ciertos sujetos activos del delito. No nos debemos olvidar. Hay injusto y el Crimen de Lesa Humanidad, el *innocidio*, no puede ser admitido bajo ninguna circunstancia.

He aquí mi aporte. He intentado incluir diversos supuestos *a priori* inconciliables, desde una mirada personalista y constitucional –y convencional- de mayor protección de la persona humana desde su concepción. Aún cuando sea

rechazado por todas las partes, estimo que el esfuerzo no es en vano. Estos tiempos exigen esforzarnos en realizar propuestas creativas, sin ceder en los principios pero ajustando algunos supuestos para no aumentar la tragedia ya existente.

La vida, toda vida, se protege desde el momento de la concepción. Y es por eso que debe implementarse un plan de asesoramiento, acompañamiento y financiación preventivo, durante el embarazo, parto, puerperio y niñez. Algunas de estas etapas ya están cubiertas y esa es la vía que debe complementar cualquier consideración sobre el aborto.

Así, con responsabilidad, podremos, tal vez, no perder el norte y nunca olvidar que la divisa de un Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho debe ser siempre clara, firme y decidida:

“SALVEMOS LAS DOS VIDAS”

En Buenos Aires, a los veinticinco días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, día de la persona por nacer.

Bibliografía

Obras y artículos

Academia Nacional de Medicina, “Declaración en defensa de la vida – Academia Nacional de Medicina”, Buenos Aires, 22 de marzo de 2018.

ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, (1ª ed. 1852) Sopena, Buenos Aires, 1957.

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*, Liber Amicorum Cancado Trindade, Tomo III, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2005.

BARRA RODOLFO CARLOS “Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales” en AAVV. *La Reforma de la Constitución – Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1994.

BIANCHI ALBERTO B., *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, Tomo III, Ed. Cathedra Jurídica, 1ª ed. 2013.

- BIDART CAMPOS GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 1996, Tomo I.
- Centro de Bioética Persona y Familia, “Análisis del proyecto de ley de aborto libre y propuestas para la maternidad vulnerable”, www.centrodebioetica.org – www.maternidadvulnerable.com.ar.
- CIANCIARDO JUAN, *El ejercicio regular de los derechos – Análisis y crítica del conflictivismo*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1ª ed. 2007.
- CLAUSEWITZ KARL VON, *De la Guerra*, Ed. Distal, 2013.
- DONNA EDGARDO ALBERTO, *Derecho penal-Parte Especial*, Tomo I, Ed. Rubinzal – Culzoni, 4ª edición revisada y reestructurada, Santa Fé, 2011.
- FAZIO MARIANO – GARCÍA JOSÉ JUAN, *Raíces filosóficas de la cultura de la vida*, Librería Córdoba, 1ª edición, 2005.
- FAZIO MARIANO, *Historia de las ideas contemporáneas – Una lectura del proceso de secularización*, Ediciones RIALP S.A., Madrid, segunda edición, 2007.
- FERRANTE MARCELO, “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto” y “¿Existe un derecho constitucional al aborto?” en *Aborto y justicia reproductiva*, AAVV, PAOLA BERGALLO Compiladora, Ed. del Puerto, 1ª edición, 2011.
- 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, año 2006, Washington, USA.
- GELLI MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina –Comentada y anotada*, Tomo II, Ed. La Ley, 2010, 4ª edición ampliada y actualizada.
- 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.
- JURGENSMEYER MARK, *Terrorismo Religioso – El auge global de la violencia religiosa*, Siglo Veintiuno de Argentina Editores, primera edición en castellano, 2001 de la primera edición en inglés, 2000. segunda edición en español, 2004.

- LACLAU ERNESTO – MOUFFE CHANTAL *Hegemonía y estrategia socialista – Hacia una radicalización de la democracia*, Ed. Fondo de Cultura Económica.
- 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-, Ed. Abeledo Perrot.
- MAHIQUES, CARLOS A., “Fundamentos de las Disidencias” de los miembros de la Comisión del Proyecto de Reforma del Código Penal.
- MARITAIN JACQUES, *Humanismo integral*, Ediciones Lohlé-Lumen, 1996.
- MASSINI CORREAS CARLOS I., *Filosofía del Derecho, Tomo II, La Justicia*, Ed. Lexis Nexis Abeledo – Perrot, 1ª edición, 2005.
- MIRANDA MARISA A., “La Argentina en el escenario eugénico internacional”, en *Una Historia de la Eugenesia – Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1915*, AAVV, MIRANDA MARISA – VALLEJO GUSTAVO, Directores, Ed. Biblos 1ª ed, Buenos Aires, 2012.
- QUINN NICOLÁS, “Delincuencia económica, globalización y derecho penal”, *Derecho penal empresario AAVV.*, GUILLERMO YACOBUCCI, Director, MARIO LAPORTA y NICOLÁS RAMÍREZ, Coordinadores, Ed. Bdef , 2010.
- QUINN, NICOLÁS, *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*, Cuaderno Judicial n° 20, Universidad Austral – Thomson Reuters, La Ley 2015.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO – 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*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.

- SANCINETTI, MARCELO, “¿Aniquilamiento de la vida humana del no-nacido por parte del Estado? -Reflexiones sobre el derecho a la vida humana intrauterina y al nacimiento”, publicado en la Revista Jurídica La Ley, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, 15 de mayo de 2018.
- SANDLIN ANDREW, “Por qué *Debo* ser un Calvinista”, artículo en poder del suscripto, del 3 de abril de 2002
- SANTIAGO ALFONSO (H) en su obra *Bien común y derecho constitucional* Ed. Abaco de Rodolfo Depalma – Universidad Austral, Buenos Aires, junio 2002.
- SERNA PEDRO, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo” en *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona.
- TALLACK, PETER, *En el vientre materno – el viaje de un bebé, desde la concepción hasta el nacimiento*, publicación y video de National Geographic Society, de la traducción de Bet Nonell Burrull, 2007 de la 1ª edición, septiembre de 2007.
- THWAITES REY MABEL, *La autonomía como búsqueda, el Estado como contradicción* Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2004.
- TOLLER FERNANDO – SERNA PEDRO, *La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales – Una alternativa a los conflictos de derechos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000.
- TRIBE LAURENCE H., *El aborto: guerra de absolutos*, Fondo de Cultura Económica – Instituto Nacional de Ciencias Penales, primera edición en español de la segunda en inglés, 2012.
- VIGO RODOLFO LUIS, *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2005.
- ZAFFARONI EUGENIO RAÚL – ALAGIA ALEJANDRO – SLOKAR ALEJANDRO, *Manual de Derecho penal –Parte General-*, Ediar Editores, Buenos Aires, 2005.
- ZAGREBELSKY GUSTAVO, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, Novena Edición, 2009.

Principales sitios web

https://www.clarin.com/politica/mariano-borinsky-aborto-va-aplicar-sancion-penal-mujer-sigue-delito_0_Bk-jHTKB7.html

<https://www.erreius.com/actualidad/12/penal/Nota/277/entrevista-al-dr-mariano-borinsky-sobre-el-anteproyecto-del-codigo-penal>

<https://www.infobae.com/sociedad/2018/08/09/cual-es-la-propuesta-oficial-para-legislar-sobre-aborto-en-el-nuevo-codigo-penal/>

<https://www.diariodecuyo.com.ar/politica/Se-agregan-aspectos-a-favor-de-la-mujer-en-casos-de-aborto-20181111-0074.html>

Fallos principales

CSJN “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social” rta. 05/03/2002.

CSJN “F.A.L. s/medida autosatisfactiva” F. 259. XLVI”, caso resuelto el 13 de marzo de 2012.

SCPBA Causa ac. 98830, “L.M.R. ‘NN’ persona por nacer. Protección. Denuncia’ disidencia del Conjuez Dr. CARLOS MAHIQUES, rta. 31/7/2006.

Proyectos de ley

Anteproyecto de Reforma del Código Penal, 2019.

PINEDO, FEDERICO, Expte. S-1823/18 (Federico Pinedo) Proyecto de ley

Índice

1. Introducción	p.1
2. El Anteproyecto 2019	2
2.1. Algunas ideas expresadas por el Presidente de la Comisión de Reforma del Código Penal	2
2.2. Los tipos penales en el Anteproyecto 2019	3
3. Diferencias entre el Código Penal actual y el Proyecto 2019	4
4. El artículo 86 del Código Penal vigente y el del Proyecto 2019. La incorporación del fallo “F.A.L.”	5
5. La inclusión del análisis del fallo “F.A.L.” en el articulado	7
6. Crítica al fallo “F.A.L.”	7
6.1. El fallo	7
6.2. Controversia	11
6.3. Posmodernidad	13
6.4. Conflictivismo y “balancing test”	16

6.5. La “libertad” como “autonomía ilimitada”; crítica	20
6.6. El “Personalismo Social” como respuesta y sustrato	23
6.7. El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional en el razonamiento de la Corte	26
6.8. El caso “Baby Boy”	31
6.9. Convención Americana sobre Derechos Humanos	36
6.10. Derecho Internacional. “Visión argentina”	41
6.11. Discriminación	54
6.12. Eugenesia, profilaxis e igualdad	56
6.13. El aborto “no punible”: ¿”derecho” o “permiso” (o “perdón”)?	59
6.14. La “ponderación” del Bloque Minoritario (“balancing test”)	59
6.15. Tensión de pretensiones – armonía de derechos	68
6.16. La Constitución Nacional, esperanza de la persona humana	70
6.17. Requisitos que deben ser considerados conforme el art. 86.2. del Código Penal	71
6.18. La exclusión de la punibilidad	73
7. Recapitulación. Algunas conclusiones	76
8. Conclusiones generales	79
9. Propuesta referida al Derecho Internacional desde la Constitución Nacional, escudo y esperanza de la persona humana	85
10. Propuesta de Derecho Penal desde la Constitución Nacional, escudo y esperanza de la persona humana	87
10.1. Los tipos penales. Una propuesta	87
10.2. Los tipos penales propuestos. Fundamentos.	89
11. Final: una propuesta para el debate.	102

Bibliografia	106
Indice	111