

1. ABORTO Y DERECHOS REPRODUCTIVOS

EL DERECHO A LA VIDA Y EL ABORTO

Por Pilar Zambrano y Estela B. Sacristán

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEO. PLAN DE EXPOSICIÓN

La Corte Suprema argentina —máximo tribunal del orden federal— ha efectuado, a lo largo del tiempo, en torno a la vida y al derecho a la vida, afirmaciones rotundas, indubitables. Partiendo de la base de que la vida se inicia “con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación y es en ese momento que existe un ser humano en estado embrionario”⁽¹⁾, ha afirmado que el derecho a la vida se vincula con la “esencia” de cada ser humano y su naturaleza individual y social, cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne a ese derecho⁽²⁾. También ha considerado al derecho a la vida como un “derecho fundamental”⁽³⁾, preexistente a todos los demás⁽⁴⁾. En similar tesitura, ha aseverado que “la vida y la dignidad personal son derechos esenciales de las personas”⁽⁵⁾; que “la vida de la persona por nacer tiene un valor inconmensurable”⁽⁶⁾; que “la vida humana es el

(1) “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, Fallos: 325:292, 2002.

(2) Voto de los Dres. Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt en “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, Fallos: 316:479, 1993.

(3) “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, Fallos: 325:292, 2002.

(4) “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos: 302:1284, 1980.

(5) Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O’Connor y Antonio Boggiano en S.2996, Resolución nro. 1699/01, Fallos: 324:3988, 2001.

(6) Disidencia del Dr. Antonio Boggiano en “T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos: 324:5, 2001.

más sagrado de los bienes”⁽⁷⁾. En punto a vida y salud, ha dicho el máximo tribunal que el derecho a la salud “deriva del derecho a la vida”⁽⁸⁾; que “la preservación de la salud está comprendida en el derecho a la vida”⁽⁹⁾; y que “el derecho a la salud (...) está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional”⁽¹⁰⁾.

El mismo tribunal beneficiario de esta herencia jurisprudencial, aunque en una composición diferente, declaró más tarde la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en casos de violación⁽¹¹⁾ y consagró una suerte de derecho a un aborto rápido y seguro financiado oficialmente por los contribuyentes.

Este giro jurisprudencial copernicano sitúa al intérprete frente a la pregunta por el significado y la extensión del derecho fundamental a la vida, y con ello, por los márgenes o límites de la inevitable creatividad interpretativa de los textos constitucionales y convencionales. ¿Hay algo objetivo y permanente que pueda decirse acerca del derecho fundamental a la vida humana? ¿Existe acaso un referente rígido para este derecho —por utilizar la expresión de SAUL KRIPKE⁽¹²⁾— o son, más bien, los intérpretes autoritativos de la constitución quienes extienden o contraen su margen de referencia, de acuerdo con motivaciones y razones que escapan a todo criterio de legalidad?

De tal modo, podemos encarar los párrafos que siguen, abrevando en la jurisprudencia y la doctrina, en un intento de arrimar respuestas a este orden de preguntas. A tal fin, transitaremos por el derecho a la vida y el aborto antes de 1994 (sección II), y después de

(7) Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda en “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) —causa nro. 17.768—”, Fallos: 328:2056, 2005.

(8) Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez en “Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado nacional s/amparo ley 16.986”, Fallos: 323:1339, 2000.

(9) Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en “Neira, Luis Manuel y otra v. Swiss Medical Group SA”, Fallos: 326:2906, 2003.

(10) Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en “Chamorro, Carlos v. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/amparo”, Fallos: 331:453, 2008; del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en “Mosqueda, Sergio v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, Fallos: 329:4918, 2006; del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en “Reynoso, Nilda Noemí v. INSSJP s/amparo”, Fallos: 329:1638, 2006; disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O’ Connor y Antonio Boggiano en *S.2996, Resolución nro. 1699/01*, Fallos: 324:3988, 2001.

(11) Causa F. 259. XLVI REX, 13/3/2012, “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”.

(12) KRIPKE, Saul, *Naming and Necessity*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1972, ps. 192/220.

1994 (sección III), para descender sobre las precisiones del específico reconocimiento constitucional y convencional de la personalidad (sección IV). A partir de allí, esbozaremos reflexiones particulares que nos conducirán a aquellos aspectos de semántica que, a modo de conclusiones, brindan ulteriores precisiones al debate (secciones V y VI). Adentrémonos, entonces, con el lector, por el camino propuesto.

II. DERECHO A LA VIDA Y ABORTO. DESDE 1853/60 HASTA 1994

Entre los constituyentes de 1853/60 la cuestión del derecho a la vida del *nasciturus* no fue discutida explícitamente. Como sostuviera una convencional constituyente en 1994, “(l)as cuestiones que angustiaban a los constituyentes del 53/60 a mediados del siglo pasado se centran en enumerar los derechos como modo de poner límites al Estado y lejos estaban de sus mentes la posibilidad del aborto como método de control poblacional, la manipulación genética, la venta de embriones para fines comerciales, el alquiler de vientres o la eutanasia”⁽¹³⁾.

Tampoco se refirieron expresamente al derecho a la vida del *nasciturus* las reformas a esa Constitución histórica concretadas hasta 1994. Otros documentos constitucionales anteriores como el Estatuto Provisorio del 5/5/1815 (art. 1°); el Reglamento del 3/12/1817 (art. 1°); la Constitución de 1819 (art. 109) y la Constitución de 1826 (art. 159) nombraron expresamente el derecho a la vida, pero sin explicitar el momento de su concepción.

Asimismo, en la Constitución de 1949, el art. 37.II.4 establecía: “La atención y asistencia de la madre y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado”. El Estado, por ende, velaba por los niños más nada se reglaba sobre los por nacer.

En este contexto normativo, la mayor parte de los debates posteriores a la sanción de la Constitución argentina de 1853/1860 y anteriores a la reforma constitucional de 1994 se centraron en la punibilidad o no punibilidad del aborto. No versaron, en cambio, sobre los problemas vinculados con la salud reproductiva, que recién comienzan a ocupar la atención del foro público en las democracias constitucionales a partir de 1960 y especialmente en la década de 1970, alcanzando una franca maduración en la década del ‘90⁽¹⁴⁾.

(13) Convencional constituyente Servini de Cubría, en *Convención Nacional Constituyente*, 23ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Cont.), 3/8/1994, p. 3166.

(14) FINLAY, Jocelyn E. – CANNING, David – PO, June Y. T., “Reproductive Health Laws Around the World”, *Program on the Global Demography of Aging*, Working Paper No. 96, October 2012, esp. ps. 4 y 31.

1. El debate penal anterior a la reforma de 1994

En el largo período que corre hasta el año de la reforma de 1994, el debate jurídico sobre el aborto giró en torno a la interpretación del art. 86, inc. 2°, CPen. argentino, el cual establece que el aborto —practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer— no es punible, “*si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto*”.

La lectura de esta norma dividió a la doctrina penal argentina en dos líneas interpretativas bien definidas. De una parte, la línea de interpretación “amplia” o bivalente, sostuvo que la despenalización alcanza tanto al denominado “aborto eugenésico”, que es el que se realiza en vistas a la depuración de la salud de la población, como al “aborto sentimental”, que se comete en atención a la salvaguarda del honor y la integridad moral de la mujer violada. En sentido restrictivo se interpretó, en cambio, que la impunidad se limita al denominado “aborto eugenésico”, con lo que el “aborto sentimental” resulta punible⁽¹⁵⁾.

2. Argumentos de la línea restrictiva

Los argumentos interpretativos utilizados en la lectura restringida son de índole textual-gramatical, histórico-voluntaristas, y lógicos.

Así, la línea restrictiva arguye en el orden textual-gramatical que la ausencia de una coma entre los dos supuestos tipificados —violación o atentado al pudor— implica que se refieren al mismo sujeto pasivo —la mujer idiota o demente—.

En el plano histórico-voluntarista, esta misma línea indica que la exposición de motivos de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación sólo desplegó razones en torno al denominado aborto “eugenésico”, lo cual manifestaría su intención de circunscribir la norma a este único supuesto.

Desde el punto de vista lógico, el criterio restrictivo sostiene que la exigencia del consentimiento del representante legal como condición

(15) Un excelente y actualizado paneo de ambas tesis —restringida y amplia— puede verse en RABBI - BALDI CABANILLAS, Renato, “Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso ‘F., A. L.’ de la Corte Suprema”, *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, nro. 0, año 1, ps. 331/378, esp. p. 336.

para la no punición del aborto carece de sentido respecto de la mujer capaz⁽¹⁶⁾.

3. Argumentos de la línea amplia

Para cada uno de estos argumentos de la posición restrictiva, la posición amplia⁽¹⁷⁾ o bivalente esgrime su respectivo contra-argumento. Así, señala que la conjunción disyuntiva “o” desempeña la misma función gramatical que la coma; que la norma no fue obra de la primera Comisión de Códigos del Senado, sino de la segunda Comisión de Códigos, y que ésta se inspiró en el Anteproyecto de Código Penal Suizo que a todas luces incluía al aborto “sentimental” entre los supuestos despenalizados; y que la estructura gramatical del enunciado jurídico permite inferir que el consentimiento del representante se refiere únicamente al caso del aborto “eugenésico”⁽¹⁸⁾.

4. Otro argumentos

LENNON enseña que durante dos períodos, en virtud de las leyes 17.567 y 21.338, el texto o fórmula del art. 86, segundo párr., inc. 2°, PC, fue sustituido por otro que zanjaba la interpretación dispar, in-

(16) Como indica la Dra. Kogan en el caso SCBA, “R., L. M.”, 31/7/2006, LLBA, agosto/2006, p. 895, entre los seguidores de la postura restrictiva, se encuentran PECO, José, “El aborto en el Código Penal Argentino”, en *Revista Penal Argentina*, t. VI, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1926, ps. 185 y ss.; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, t. I, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 390; FINZI, Marcelo, “El llamado aborto eugenésico (C.P. art. 86, inc. 2°). El consentimiento del representante legal”, nota al fallo de la Cámara Federal de Córdoba, del 3/7/1946, causa “B., C. A. y otros”, en JA, 1946, oct-dic., IV, ps. 414/426, esp. p. 422; DAIEN, Samuel, “Carácter eugenésico del art. 86, inc. 2° del Cód. Penal”, en *Anales Facultad de Derecho de La Plata*, nro. 15-1944-II, ps. 373/422.

(17) Como sintetiza el voto de la Dra. Kogan en el caso SCBA, “R., L. M.”, 31/7/2006, LLBA, agosto/2006, p. 895, entre los partidarios de la tesis amplia se encuentran JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “El aborto y su impunidad”, t. 26, LL, abril-junio/1942, ps. 977/1002, y, del mismo autor, *Libertad de amar y derecho a morir*, 3ra. ed., Historia Nueva, Madrid, 1929, p. 93; MOLINARIO, Alfredo, (AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, act.), *Los delitos*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 211; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, 11va. reimpr. tot., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 108; FONTÁN BALESTRA, Carlos (GUILLERMO LEDESMA, act.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 82 y ss.; GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, p. 38; GHIONE, Ernesto Víctor, “El llamado aborto sentimental y el Código Penal Argentino”, t. 104, LL, octubre-diciembre/1961, ps. 777/788; BUJÁN, Javier A. - LANGHE, Marcela V. de, *Tratado de los Delitos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, ps. 462 y ss.; TABERNERO, Rodolfo M., “El aborto por causas sentimentales o humanitarias”, JA 1990-IV, octubre-diciembre, ps. 940/944, esp. ps. 941 y ss.; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Tres temas penales*, Bosch, Barcelona, 1955, p. 85.

(18) Sobre ello puede verse Causa Ac. 98.830, “R., L. M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia”, del 31/7/2006, voto del Dr. Roncoroni.

cluyendo explícitamente, en la dispensa, al aborto eugenésico o sentimental⁽¹⁹⁾. Así, un argumento normativista diría que, si se necesitaron normas expresas para incluir en la dispensa a ambas especies, es porque la norma sólo contemplaba, con criterio restringido, una sola de ellas.

5. Proyectos de ley. El debate

Adoptando ora la postura amplia, ora la postura restrictiva, ha habido varios proyectos de ley para descriminalizar el aborto en supuestos específicos. De 1986 data el proyecto Senado (585-S), orientado a mejorar la redacción de las figuras de aborto no punibles del Código Penal buscando de esta manera superar las discusiones en torno a la interpretación del aborto cuando mediare embarazo debido a una violación. En 1989, la diputada Florentina Gómez Miranda propuso la no incriminación del aborto en los casos de violación argumentando que ésta era la real voluntad del codificador de 1922. El proyecto de 1991, denominado Diputados (486-D), aclaraba la redacción del artículo relativo a la despenalización del aborto cuando el embarazo provenía de una violación cuya acción penal haya sido iniciada. Incluía el caso de violación de menores, estableciendo la necesidad del consentimiento de su representante legal. El proyecto Diputados (2027-D), de 1992, desincriminaba el aborto cuando el embarazo fuere consecuencia de violación o estupro. El Proyecto de Ley de Educación Sexual (4112 D), de 1993, reconocía el derecho de toda mujer a decidir la interrupción de su embarazo durante las primeras 12 semanas, previendo que los costos debían ser cubiertos por el sistema social. Asimismo, el Proyecto de Ley de Procreación Responsable, (4322-D), de 1994, establecía la no punibilidad de la mujer y las condiciones en las que podrá hacer uso del derecho a interrumpir su embarazo⁽²⁰⁾.

En rigor, tanto unos como otros argumentos parecen aceptables desde el punto de vista formal en que se esbozan. Una y otra lectura histórica, literal y/o gramatical de los textos son aceptables, por lo que en este plano de argumentación el debate parece agotado. Así las cosas, en su restringido ámbito de desarrollo inicial, este debate en apariencia dogmático-penal, estaba en realidad determinado por un debate implícito acerca del significado y la extensión del concepto constitucional de “persona” y el significado y extensión del derecho

(19) LENNON, Lucas J., “La protección penal de la persona por nacer”, AAVV, *El derecho de nacer...*, cit., ps. 55/70, esp. ps. 66/67.

(20) Todos estos proyectos se hallan reseñados en BIANCHI, Alberto B., *En contra del aborto*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 36 y ss.

fundamental a la privacidad de la madre, como quedaría mucho tiempo después manifiesto en el reciente precedente “F., A. L.”.

III. DERECHO A LA VIDA Y ABORTO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL. DESDE 1994 HASTA EL PRESENTE

El estatus jurídico del sujeto por nacer luego de la reforma de 1994 está configurado de forma básica por las proposiciones normativas enunciadas en dos artículos constitucionales: en primer lugar, el art. 75, inc. 23, que de modo explícito se refiere al sujeto por nacer en su calidad de beneficiario de la facultad del Congreso de la Nación de “dictar un régimen de seguridad social especial e integral que garantice la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta el final del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo (...)”; en segundo orden, el art. 75, inc. 22, que incorpora, con rango constitucional, una serie de convenciones y declaraciones de derechos humanos, que regulan de forma explícita o implícita el derecho a la vida a partir del momento de la concepción.

Ninguna cláusula constitucional menciona, en cambio, luego de la reforma de 1994, un derecho de la mujer a abortar. Pero como el silencio constitucional no implica por definición negación, se ha interpretado de forma análoga a como lo hizo la Corte Suprema norteamericana en el famoso precedente “Roe v. Wade” que este derecho es una proyección del derecho a la intimidad reconocido en el art. 19 de la Constitución⁽²¹⁾; del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14, CN, y en diversos tratados y convenciones internacionales (art. 75, inc. 22)⁽²²⁾; del principio de legalidad enunciado en el art. 18, CN⁽²³⁾; y/o del derecho a la no discriminación de la mujer reconocido en la Convención contra la Discriminación (art. 75, inc. 22)⁽²⁴⁾.

(21) Así, F., A. L., cit., consids. 20 y 21 (“...no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible”).

(22) Así, F., A. L., cit., consids. 14 y 15 (“Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma [art. 86, inc. 2°, CPen.]”).

(23) Así, F., A. L., cit., consid. 17 (“(q)ue a su vez, los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación”).

(24) Ídem, nro. 24, *supra*.

Este contexto normativo constituye, pues, el marco en el que se debaten las siguientes cuestiones interpretativas:

- (i) ¿Tiene el feto personalidad jurídica en los términos del art. 75, inc. 23, CN, y de las convenciones incorporadas a través del art. 75, inc. 22?
- (ii) ¿Qué fuerza vinculante poseen las convenciones internacionales que reconocen el derecho a la vida desde la concepción? Esta pregunta se divide, a su vez, en dos cuestiones más concretas: (a) ¿qué tipo de obligaciones estatales genera el art. 4.1, Convención Americana de Derechos Humanos?; (b) ¿cuál es la fuerza vinculante de la declaración interpretativa introducida por la Argentina al firmar la Convención de los Derechos del Niño, en los términos del art. 75, inc. 22?
- (iii) ¿Qué obligaciones estatales se siguen del reconocimiento constitucional o convencional de la personalidad jurídica del sujeto por nacer? En este punto se reabre el antiguo debate penal, en torno a la pregunta acerca de si este reconocimiento implica la obligación estatal de penalizar el aborto, siempre o en determinadas circunstancias; y nace un nuevo debate concerniente al grado en que el derecho a la vida del *nasciturus* condiciona las políticas públicas de salud reproductiva.
- (iv) Cuando el debate penal se sitúa en la perspectiva de los derechos fundamentales de la madre, ya no se pregunta si hay obligación de penalizar el aborto, sino más bien lo contrario. Esto es, si acaso el derecho a la privacidad y a la igualdad de la mujer implican por parte del Estado la obligación de despenalizar el aborto, siempre o en determinadas circunstancias. Más concretamente, ¿es inconstitucional el art. 86 del actual CPen. argentino, en todo o en parte? ¿Legítiman o más aún exigen aquellos derechos de la mujer medidas de acción positiva por parte del Estado en relación con el aborto?

Aunque las soluciones a unas preguntas condicionan las soluciones que se puedan ofrecer para las otras, las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias posteriores a la reforma de 1994 no parecen discutir la cuestión (i), v.gr., que el niño por nacer tiene personalidad jurídica y que, por lo mismo, es titular del derecho a la vida en el sistema constitucional argentino. En efecto, ya en ocasión de la celebración de la Jornada sobre el Derecho a Nacer, en 1990⁽²⁵⁾, se había puesto de

(25) Ampliar en AAVV, *Derecho a nacer*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

resalto⁽²⁶⁾ que hay un derecho de nacer originado cuando “el Congreso nacional ratificó por la ley la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en cuyo art. primero, el gobierno argentino declara que la expresión ‘niño’ debe interpretarse abarcando a ‘todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años de edad’”. En similar línea, en ocasión de la reforma de 1994, se atisbó el carácter absoluto del derecho a la vida, en tanto no sujeto al arbitrio humano⁽²⁷⁾, y se afirmó que “los derechos reconocidos por la Constitución, y por los que hoy podemos denominar tratados constitucionales —esto es, aquellos que están enumerados en el inc. 22), que también fue aprobado por esta Convención Constituyente— hoy protegen, ya sin lugar a dudas, al niño desde el momento de la concepción. Otros Tratados Internacionales protegen a la mujer, en especial, en su condición sagrada de madre y, expresamente, también durante el embarazo. Por ello, esta inclusión es razonable y necesaria, ya que viene a satisfacer un indudable requerimiento social que alcanza a la madre embarazada —casada o soltera— y al niño, a través de su madre”⁽²⁸⁾.

Los debates comienzan, entonces, en la respuesta al punto (ii) y siguientes, esto es, en lo relativo a la fuerza vinculante de los tratados internacionales, respecto de los cuales las soluciones podrían agruparse en dos grandes sectores.

De una parte, algunos sostienen que el derecho a la vida del sujeto por nacer no es un “derecho absoluto”, sino un derecho que debe “ponderarse” con los derechos de la madre y, en particular, con su derecho a la vida y a la salud; con su derecho a la salud reproductiva; y con su igualdad e integridad moral⁽²⁹⁾. De otra parte, se argumenta que las convenciones internacionales obligan al Estado Argentino a proteger la vida del feto mediante la amenaza de sanción penal en

(26) ALVARADO URIBURU, Oscar, “Palabras preliminares”, AAVV, *El derecho a nacer...*, cit., ps. 9/11, esp. p. 10.

(27) En tal sentido, el convencional constituyente Pardo, “En eso estamos quienes aún no permitimos la legalización del aborto. Estamos por la vida y no por la muerte. Existen derechos humanos que no dependen de la arbitrariedad social, sino de la dignidad intrínseca del ser humano, parámetro originario de toda ley y derecho, especialmente del derecho fundamental de la vida”, conf. *Convención Nacional Constituyente*, 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Cont.), 2/8/1994, p. 2.

(28) *Convención Nacional Constituyente*, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Cont.), 10/8/1994, p. 6154.

(29) Así, por ej., la opinión del convencional ESTÉVEZ BOERO, conf. *Convención Nacional Constituyente*, 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Cont.), 2/8/1994, p. 2917: “La legislación sobre este tema tendrá que evaluar todas estas cuestiones: la vida, pero también la vida de la madre, los derechos y su voluntad, porque ella también es un ser humano, no una incubadora automática”.

Ver, asimismo, GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 208.

todos los casos, excepto cuando la continuidad del embarazo pusiera en riesgo grave y cierto la vida o la salud de la madre⁽³⁰⁾.

A partir de esta división fundamental, cada una de estas posiciones interpretativas admite distintas aplicaciones y variaciones y, a veces también, distintos argumentos. Pero en todo caso, las diferencias interpretativas y argumentativas se explican de forma última a la luz de los horizontes comprensivos en cuyo contexto se esbozan unas y otras. En este sentido, podría decirse que el debate explícito sobre el aborto es el resultado de una toma de posición en los niveles de dis-

(30) Existen, al respecto, posturas grises y otras más definitivas en la Convención Constituyente de 1994. Entre las primeras, puede verse la inserción solicitada por los convencionales constituyentes del bloque del Frente Cívico Social de Catamarca, que no terminan de definir la obligación del Estado de punir el aborto: "Si el sistema del Código Civil es suficientemente claro respecto del reconocimiento de la personalidad jurídica al no nacido, la legislación penal incluye al aborto entre los delitos contra la vida. Es sabido que el bien jurídico protegido y el monto de la sanción amenazada son criterios que nos permiten arribar a una noción respecto de la importancia relativa de determinada figura delictiva. En el caso que nos ocupa, estos parámetros nos señalan que el aborto es, para la legislación argentina, un delito grave (...) (...) (E)l atentado contra la vida de éstas es considerado un delito y, como tal, severamente reprimido por la ley. (...) (L)a Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a nuestro derecho interno por ley 23.054 y con rango supralegal por enmienda sancionada por esta Convención, dispone en su artículo 4.1 (...) Respecto de la protección jurídica de los derechos reconocidos en la Convención, dispone el art. 24 (...) Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, año 1989, fue incorporada a nuestro orden normativo por la ley 23.849 bajo expresa declaración de la República Argentina, con respecto al art. 1º, (...) De la normativa vigente surge, entonces, que la negación de tutela jurídica a las personas por nacer, como sería el caso de desconocerles la titularidad del derecho subjetivo al amparo, importaría una discriminación arbitraria e ilegal, repugnante a uno de los postulados más elementales del sistema democrático, al consagrarse una excepción carente de todo sustento jurídico al principio de igualdad ante la ley"; conf. *Convención Nacional Constituyente*, 31ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Cont.), 16/8/1994, p. 4287.

Soslaya la obligación del Estado de punir el aborto el convencional constituyente Alfonsín: "Estamos defendiendo la vida y estamos trabajando de la manera más importante, que es la única que concebimos como posible para que se evite la tragedia del aborto, pero no a través de la penalización sino del auxilio y la asistencia del Estado argentino"; conf. *Convención Nacional Constituyente*, 34ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Cont.), 19/8/1994, p. 4600 (el destacado no es del original).

A favor de la obligación estatal de penalizar el aborto se halla el convencional constituyente BARRA: "Coincido con el Dr. Alfonsín en lo que respecta al delito del aborto, que debe ser regulado —como lo está hace casi ciento cincuenta años— por la legislación ordinaria y prevista su pena en el Código Penal, la que de ninguna manera debe ser incorporada en la Constitución", conf. *Convención Nacional Constituyente*, 34ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Cont.), 19/8/1994, p. 4605 (el destacado no es del original). En igual dirección está el convencional constituyente SEQUEIROS, *Convención Nacional Constituyente*, 34ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Cont.), 19/8/1994, p. 4611: "Si nos negamos a penalizar la supresión de la vida estamos proclamando la inutilidad total de la ley, porque si no sancionamos el primer delito en contra de los derechos humanos, me pregunto, ¿para qué sirven las demás penalizaciones? ¿Vamos a penalizar a quien dejó un auto mal estacionado?".

Ver asimismo, GIL DOMINGUEZ, *Aborto...*, cit., p. 169.

cusión más fundamentales que conforman estos horizontes comprensivos. En primer término, una toma de posición acerca del sentido del concepto meta-constitucional de dignidad personal. En segundo lugar, una toma de posición semántica, acerca de la dinámica y del fundamento de las distinciones conceptuales en general.

El propósito de los siguientes epígrafes es poner de manifiesto estos niveles de discusión y, particularmente, la dependencia entre uno y otro nivel, que no siempre —más bien pocas veces— se nombra explícitamente.

IV. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y DEL DERECHO A LA VIDA DEL SUJETO POR NACER

El debate interpretativo que generó la aprobación del art. 75, inc. 23, durante la Convención Constituyente de 1994 se reprodujo luego en su interpretación posterior. Pero así como se reprodujo este debate constitucional, se reprodujeron también sus puntos de partida. En particular, la asunción de que el concepto de “niño” (y, por lo mismo, de persona de existencia visible titular de todos los derechos fundamentales) es utilizado en el contexto constitucional para referirse tanto a personas nacidas como a personas no nacidas.

Así, continuando la postura del constituyente Alfonsín⁽³¹⁾, algunos proponen que el reconocimiento de la personalidad jurídica del *nasciturus* implicado por esta norma no genera obligación alguna para el Estado, sino únicamente facultades. En concreto, atribuye al Congreso la facultad de penalizar o no penalizar el aborto y la facultad de dictar o no un régimen de seguridad social protectorio de la salud y la vida del sujeto por nacer⁽³²⁾.

Otros entienden —aunque no con base única en esta norma— que el reconocimiento constitucional de la personalidad jurídica del niño por nacer no sólo atribuye al Poder Legislativo la facultad de estable-

(31) La explicación de Raúl Alfonsín se halla transcripta en GIL DOMÍNGUEZ, *Aborto...*, cit., p. 191: “Es por eso que estamos de acuerdo en votar afirmativamente este proyecto, que no le dice a la Legislatura que penalice el aborto o que libere cualquier posibilidad de aborto, sino que se trata de una iniciativa que podría estar perfectamente vinculada a la legislación de un país que acepta el aborto, como es Suecia, y también podría estarlo a la de un país como Irlanda, que lo prohíbe”.

(32) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, *Aborto...*, cit., p. 294: “Ni de la naturaleza jurídica de la garantía institucional, ni de la voluntad del constituyente, ni de la doctrina constitucional surge que el art. 75, inc. 23, párr. segundo, genere una obligación constitucional de penalizar toda clase de aborto voluntario o (una obligación) de utilizar con exclusividad la vía penal para proteger la vida humana en formación”.

cer un sistema protectorio de su vida y de su salud, sino que también orienta su ejercicio. En este sentido, aunque la norma no establece por sí misma la obligación estadual de penalizar el aborto, sin embargo proscribe al Congreso la facultad de legislar en un sentido que vulnere o atente contra la salud y/o la vida del niño por nacer⁽³³⁾.

Junto al texto constitucional, el conjunto de instrumentos internacionales con rango constitucional incorporados a través del art. 75, inc. 22, reconoce y regula la personalidad jurídica y la vida del sujeto por tres vías confluyentes.

Primero, en tanto y en cuanto los conceptos de ser humano-miembro de la familia humana-dignidad-persona se usan con la misma extensión. Así, el art. 1.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que “todo ser humano es persona”; el consid. 1º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia que “todos los miembros de la familia humana tienen derechos iguales e inalienables, que se derivan de la dignidad de la persona”; y el art. 1º, Convención de los Derechos del Niño, proclama que es niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En segundo lugar, y asumiendo la co-extensión referencial entre persona y ser humano, el *corpus* convencional reconoce el derecho a la vida a todo ser humano o individuo (de la especie humana) sin distinguir entre los distintos grados o estadios de desarrollo. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su art. 1º que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; el art. 3º, Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que “(t)odo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 6.1 que el primer derecho “inherente a la persona humana” es la vida, que “será protegido por la ley” y del cual nadie podrá ser privado arbitrariamente.

La explícita equiparación entre la extensión referencial de los conceptos de “persona”, por un lado, y “ser humano” o “individuo”, por

(33) En tal sentido, BARRA, Rodolfo C., *La protección constitucional del derecho a la vida*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 79/80 y su opinión como convencional constituyente transcrita en Gil Domínguez, *Aborto...*, cit., ps. 190/191.

Gil Domínguez recoge la opinión del constituyente de 1994 en su *Aborto...*, cit., p. 193, y concluye: “(...) (E)l contenido esencial del artículo incorporado se refiere al dictado de un régimen de seguridad social que se proyecta desde el momento de la concepción. Pero de ningún modo significa que es una obligación constitucional para los poderes constituidos, proteger a la vida humana en formación de forma exclusiva y absoluta por la vía penal (...)”.

otro; y el sucesivo reconocimiento del derecho a la vida a todo “ser humano” o “individuo” constituyen, en fin, el principal argumento normativo a favor del reconocimiento de la personalidad jurídica convencional —y por extensión constitucional— del niño por nacer y de su derecho a vida, en forma independiente a su estadio o grado de desarrollo biológico.

En tercer lugar, los instrumentos internacionales reconocen el derecho a la vida del sujeto por nacer mediante una mención expresa al momento desde el cual la vida es objeto de protección jurídica. En este contexto se insertan la Convención Americana de los Derechos del Hombre y la Convención de los Derechos del Niño. La Convención Americana establece en el art. 4.1 que “(t)oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Aunque el texto de la Convención de los Derechos del Niño no menciona de forma expresa el momento a partir del cual se reconocen sus derechos, la Argentina emitió una declaración interpretativa que modaliza la Convención con respecto a nuestro país, y que forma parte del compromiso internacional adquirido frente a los demás Estados parte. En esa declaración se afirma que “se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de la concepción” (art. 2º, ley 23.849)⁽³⁴⁾.

En síntesis, los plexos normativo constitucional (art. 75, inc. 23) y convencional (art. 75, inc. 22) reconocen la titularidad de derechos fundamentales desde el momento de la concepción. Este punto casi no está sometido a debate ni en el ámbito doctrinal ni en el jurisprudencial. Sobre este plexo normativo y sobre este acuerdo interpretativo, el debate en torno al aborto concierne más bien, como adelantáramos: (a) al momento en que ocurre la “concepción” y a partir del cual el ser humano es persona en sentido constitucional y convencional; (b) al modo de “balancear” o sopesar el derecho a la vida del niño por nacer con otros derechos de la madre. En particular, con el derecho a la “salud reproductiva”, en los casos en que su ejercicio implica el descarte de embriones; con el derecho a la vida y/o a la salud de la madre, en los casos en que el embarazo representa una amenaza cierta o in-

(34) El primer precedente en que se desarrolló en forma exhaustiva esta línea de argumentación es CNACiv., sala I, 3/12/1999, expte. nro. 45882/93, “Rabinovich Ricardo David s/medidas precautorias”, cons. VI. Más tarde, como se indicará más adelante, la Corte Suprema haría suyos los argumentos vertidos en esta sentencia en “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, Fallos: 325:292, 2002.

minente para el goce de este derecho; y con el derecho a su integridad moral en los casos en que el embarazo es producto de una violación.

Desde el punto de vista convencional, el principal desacuerdo interpretativo que subyace a todos estos debates más concretos concierne al sentido de la expresión “en general”⁽³⁵⁾ contenida en el art. 4.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y al valor constitucional de la declaración interpretativa introducida por la Argentina en la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño.

1. El momento de la concepción y el uso de anticonceptivos con efecto abortivo. *Tanus y Portal de Belén*

En los fallos “Tanus”⁽³⁶⁾ y “Portal de Belén”⁽³⁷⁾ el más alto tribunal argentino determinó el sentido y el alcance del principio constitucional del derecho fundamental a la vida antes de nacer. De la conjunción de ambas sentencias emerge la regla interpretativa según la cual el derecho a la vida del niño por nacer se protege desde la concepción, con el mismo alcance que respecto de una persona nacida, sin distinción de grado de desarrollo ni de perspectivas de viabilidad.

En el caso “Tanus” la mayoría de la Corte confirmó la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la autorización solicitada por el directorio de un hospital público para inducir el parto de un feto anancefálico. En la fundamentación de su decisión señaló que, aunque la autorización para llevar a cabo la inducción había sido solicitada en la semana número veinte de gestación, en el momento en que el caso fue sometido a decisión de la Corte la madre llevaba ocho meses de embarazo. A juicio de la Corte Suprema, esta diferencia temporal permitía conceptualizar la medida cuya autorización se solicitaba como una “inducción” y no, en cambio, como un “aborto”.

No se trataba pues, según el alto tribunal, de decidir acerca de la juridicidad constitucional del aborto, sino acerca del modo en que deben conciliarse el ejercicio del derecho a la salud de la madre y el ejercicio del derecho a la vida y a la salud del feto anancefálico. Teniendo en cuenta que, en el octavo mes, la inducción al parto no alteraba el destino ineludible de muerte del niño fuera del seno materno,

(35) Para antes de la reforma de 1994, en la misma tesitura, NÚÑEZ, Ricardo, “La prueba del aborto”, LL, 1979-A-513 y ss. Para después de la reforma de 1994, ver texto correspondiente a nro. 61, *infra*.

(36) “T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos: 324:5, 2001.

(37) “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, Fallos: 325:292, 2002.

la Corte entendió que, en el caso concreto, la inducción al parto no alteraba el contenido esencial ni del derecho a la vida ni del derecho a la salud del feto.

Dejando en suspenso el análisis de su validez lógica, a los fines de este trabajo interesa reparar en las premisas normativas del razonamiento de la Corte. En particular, en la interpretación según la cual el derecho fundamental a la vida humana rige a partir del momento de la concepción, según lo establecido por el art. 4.1, Convención Americana sobre los Derechos Humanos (ley 23.054)⁽³⁸⁾, y por el art. 2°, ley 23.849, aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño⁽³⁹⁾ y⁽⁴⁰⁾

En el caso “Portal de Belén” la Corte reafirmó esta interpretación normativa y precisó, además, que la concepción se produce con la fecundación. El argumento en apoyo de esta interpretación del concepto de “concepción” fue eminentemente científico: “es un hecho científico que la ‘construcción genética’ de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues el ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles”⁽⁴¹⁾.

En cuanto al mecanismo de acción de los anticonceptivos de emergencia, consideró “plausible” la opinión científica según la cual actuarían con tres efectos subsidiarios: (i) obstrucción de la ovulación; (ii) espermaticida y; (iii) subsidiariamente, para el supuesto de que los dos efectos primarios no se hubiesen producido, el anticonceptivo modificaría el endometrio impidiendo la implantación del embrión.

Aplicando el principio *pro homine* en favor del embrión, la Corte consideró que la sola plausibilidad de esta opinión científica era suficiente para concluir que la anticoncepción de emergencia “constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior”, por lo cual “todo

(38) Art. 4°. “Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

(39) Art. 2°. “Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: (...) Con relación al art. 1°, Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

(40) Cfr. consid. 11).

(41) Consid. 7°).

método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo”⁽⁴²⁾.

2. El derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la salud reproductiva de la madre: un balance inestable

De la doble interpretación sentada en “Tanus-Portal” acerca de la aparición de la personalidad jurídico-constitucional del *nasciturus* con la fecundación y de la naturaleza abortiva de cualquier anticonceptivo que actúe impidiendo su desarrollo ulterior, parecería seguirse la antijuridicidad de cualquier ejercicio de la libertad reproductiva que suponga el descarte intencional de embriones. Esta conclusión no fue, sin embargo, pacíficamente recogida por la jurisprudencia posterior a “Portal”.

En lo que concierne al uso de anticonceptivos, el *corpus* jurisprudencial se divide al menos en torno a tres posiciones. En primer lugar, están quienes extienden el argumento científico de la Corte Suprema y sostienen que todo método anticonceptivo de ingesta posterior al acto sexual es abortivo por definición. Sobre esta base, se concluye la inconstitucionalidad de las normas locales de salud reproductiva que autorizan su expendio y/o prescripción, o que meramente omiten prohibirlos de forma expresa⁽⁴³⁾. En segundo lugar, otros tribunales han recogido la jurisprudencia de “Portal” sin alterarla, de forma tal que, aunque aceptan la duda científica acerca del mecanismo de los anticonceptivos de emergencia, aplican el principio *pro homine* a favor del *nasciturus* y concluyen la inconstitucionalidad de las normas locales de salud reproductiva que autorizan su prescripción y/o su expendio⁽⁴⁴⁾. Finalmente, otros tribunales se han apartado de modo claro de “Portal” y han aplicado el principio *pro homine* a favor de la libertad de planificación familiar de la madre, exigiendo, o bien que no exista duda científica acerca del mecanismo abortivo de los anticonceptivos, o bien que el anticonceptivo funcione en todos los casos como abortivo y no, en cambio, de forma subsidiaria. Sobre esta base, se declararon constitucionales las normas locales que auto-

(42) Consid. 10°).

(43) P. ej., disidencia del juez Soderó Nievas en STJRNCO, “B., D. J. s/acción de inconstitucionalidad (ley 3999/2005)”, expte. nro. 20904/06 —STJ—, del 28/1/2013.

(44) Integrando la mayoría, voto del juez Lescano en Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación de la pcia. de Córdoba, 7/8/2008, “Mujeres por la Vida Asoc. Civil sin fines de lucro v. Superior Gobierno de la pcia. de Córdoba – amparo – rec. de apelación”, expte. nro. 1270503/36, consid. 3°, *in fine*: “La simple duda, respecto de que una píldora pueda ser abortiva activa la prevención, con más razón aun cuando en autos obran elementos suficientes, respecto de la calidad de tal de la droga cuestionada. La acción debe ser recibida”.

rizan la prescripción y/o el expendio de métodos anticonceptivos cuyo efecto abortivo es dudoso o, aunque cierto, subsidiario⁽⁴⁵⁾.

En el extremo contrario, el denominado derecho a la salud reproductiva se extiende al uso de técnicas de reproducción asistida que involucran el descarte de embriones. La cuestión constitucional que se discute es en qué medida este descarte es conciliable con el derecho a la vida del embrión, una vez que desde “Portal” se ha reconocido que la personalidad jurídica comienza con la fecundación.

Sobre este tópico las posturas jurisprudenciales son tan disonantes como respecto de los métodos anticonceptivos con efectos anti-implantatorios. Así, las posturas podrían organizarse en orden creciente de protección del derecho a la vida del embrión del siguiente modo:

- (i) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación *in vitro*, sin considerar en modo alguno el problema del destino de los embriones no implantados. Explícitamente se omite considerar la naturaleza personal del embrión, con el argumento de que se trataría de una cuestión religiosa, ajena al ámbito de injerencia de un Estado laico; o bien se rechaza la naturaleza abortiva de los métodos por razones de orden lógico. En concreto, se afirma que ningún tratamiento médico dirigido a facilitar la reproducción puede ser cualificado como “abortivo”⁽⁴⁶⁾.
- (ii) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación *in vitro* y se sugiere —sin fuerza vinculante— la donación de los embriones supernumerarios para su posterior implantación, o bien, como vía alternativa, para su utilización con fines terapéuticos o de experimentación⁽⁴⁷⁾.
- (iii) Se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación *in vitro* pero, acogiendo la jurisprudencia emergente de “Portal” y de “Tanus”, se considera que hay persona desde la fecundación y se ordena el nombramiento

(45) Disidencia del juez Sánchez Torres en Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación de la pcia. de Córdoba, 7/8/2008, “Mujeres por la Vida Asoc. Civil sin fines de lucro v. Superior Gobierno de la pcia. de Córdoba – amparo – rec. de apelación”, expte. nro. 1270503/36, consid. 55.

(46) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, “S.A.F y A.H.A v. IOMA”, 15/12/2008, LL 2009-A-408, voto del juez Schreginger, consid. 5º, al cual adhiere el juez Cebey.

(47) Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29/12/2008, “Loo, Hernán Alejandro y otra v. IOMA”, voto del juez Ferro.

de un tutor que custodie la integridad física de los embriones no implantados⁽⁴⁸⁾.

- (iv) Se hace lugar a la pretensión de los padres de concebir un embrión histo-compatible con otro hijo enfermo de la pareja demandante, con la condición de que los embriones supernumerarios sean crio-conservados y custodiados por un tutor⁽⁴⁹⁾. En la misma línea, se afirma el derecho de los padres a recibir cobertura médica por el procedimiento de fecundación *in vitro* pero, acogiendo la jurisprudencia emergente de “Portal” y de “Tanus”, se considera que hay persona desde la fecundación y se condiciona el ejercicio del derecho reconocido a la obligación de implantar todos los embriones concebidos⁽⁵⁰⁾.
- (v) Se rechaza la pretensión de los padres de que el tratamiento de fertilización sea cubierto por la obra social, con el argumento de que representa una amenaza cierta para el derecho a la vida de los embriones supernumerarios o no implantados⁽⁵¹⁾.

En este punto debe traerse a colación el caso “Artavia Murillo”⁽⁵²⁾, de la Corte Interamericana. A tenor de este precedente, y según dicho tribunal, ante la duda “científica” y filosófica sobre el comienzo de la personalidad, no podría imponerse la concepción de que ésta comienza con la fecundación: la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y afirma que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida y que no podría imponerse la concepción que ve en los óvulos fecundados una vida humana plena pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten⁽⁵³⁾. Empero, se impone

(48) Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29/12/2008, “Loo, Hernán Alejandro y otra v. IOMA”, voto de los jueces Tazza y Comparato.

(49) Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29/12/2008, “Loo, Hernán Alejandro y otra v. IOMA”, voto de los jueces Tazza y Comparato.

(50) Cfr. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, Acuerdo Extraordinario nro. 2641-AZ0, 24/2/2012, “S., G. y otro v. IOMA s/amparo”.

(51) Cfr. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, Acuerdo Extraordinario nro. 2641-AZ0, 24/2/2012, “S., G. y otro v. IOMA s/amparo”.

(52) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica”, sent. del 28/11/2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

(53) En palabras de la Corte Interamericana: “185. (...) (R)especto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, medica, ética, moral, filosófica y religiosa y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana ple-

efectuar ciertas determinaciones respecto del valor de este fallo en el plano interno. Cabe poner de resalto, en este punto que: (i) como se afirmara, “las sentencias de la Corte IDH son vinculantes o, mejor dicho, obligatorias para los Estados cuando estos son parte en el caso. Así lo dice expresamente el art. 68(1) CADH ‘*Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*’”⁽⁵⁴⁾. Además, (ii) la jurisdicción de la Corte Interamericana no llega más allá de los casos concretos que le son sometidos a decisión pues no existe norma alguna que confiera, a sus fallos, obligatoriedad alguna o deber de acatamiento por parte de los tribunales internos de los estados parte en el sistema interamericano; correlativamente, la responsabilidad internacional “solamente surge frente al incumplimiento de los fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte”⁽⁵⁵⁾. De acuerdo con lo dicho, “Aravia Murillo” no modifica substancialmente el derecho constitucional argentino pues carece de vinculatoriedad.

3. El derecho a la vida del feto frente al derecho a la vida y la salud de la madre. La constitucionalidad del art. 86, inc. 1º, CPen., luego de la reforma constitucional

El art. 86, inc. 1º, CPen. argentino, establece que “el aborto practicado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y este peligro no puede ser evitado por otros medios”.

na. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

“186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. (...) (S)i bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...)” (se omiten las notas al pie).

(54) BIANCHI, Alberto B., “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, LL, 2010-E-1090/1100, esp. sección 2.

(55) BIANCHI, “Una reflexión...”, cit., sección 6.

Tanto por el contexto normativo en que se inserta la norma — Libro Segundo, Título I, Delitos contra las personas— como por la mención explícita del aborto, es claro que se refiere a casos en los que el nexo causal entre la intervención médica y la muerte del *nasciturus* es determinante, pero donde la intención o propósito de salvar la vida o la salud de la madre desplaza el elemento intencional típico del aborto. La existencia del nexo causal plantea pues el problema hermenéutico de determinar hasta qué punto la norma es coherente⁽⁵⁶⁾ con los textos constitucionales y convencionales que reconocen tanto el derecho a la vida del *nasciturus*, así como la garantía fundamental de que este derecho será protegido por la ley.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación abordó tangencialmente este problema en el precedente “Tanus” donde, sobre la base del reconocimiento de la personalidad constitucional y del derecho a la vida del feto desde el momento mismo de la concepción, usó y justificó una serie de reglas interpretativas orientadas a determinar la extensión del derecho a la vida del feto en los casos en que el embarazo suponga un peligro cierto y grave para la salud y/o la vida de la madre.

Como se indicó más arriba, se trataba, en el caso, de resolver la juridicidad de la pretensión de la madre de inducir el nacimiento de un feto anencefálico, con el objeto de poner fin al padecimiento psicológico que implicaba el embarazo en estas condiciones. Sin embargo, en su voto mayoritario la Corte Suprema explícitamente señaló que el caso no era tipificable como aborto, ni desde el punto de vista intencional ni desde la perspectiva causal. En cuanto a la intención, apuntó que la acción no tenía por objeto la muerte del feto, sino poner fin a los padecimientos psicológicos de la madre. En relación a sus efectos causales, señaló que en estado de avance del embarazo —octava semana— la muerte del feto no se seguiría de la inducción, sino de su enfermedad congénita. La decisión del máximo tribunal concierne pues a situaciones en que, de forma conjunta, se excluyen tanto la intención de dar muerte al *nasciturus*, como la ligazón causal necesaria y excluyente —de otros factores causales relevantes— entre la intervención médica y el efecto de la muerte. No constituye entonces una declaración directa o indirecta, sino más bien tangencial, de la constitucionalidad del art. 86, inc. 1º, CPen.

(56) En este punto, vale la pena poner de resalto el énfasis con el que, en los prolegómenos de la Convención Constituyente de 1994, el Convencional constituyente Masnatta aludía a una “ética racional”, y la “coherencia” requerida en materia de expresión de preferencias en áreas tales como aborto, eutanasia, trasplantes o discriminación. Ver *Convención Nacional Constituyente*, 8ª Reunión, 1ª Sesión Ordinaria (Cont.), 7/6/1994, ps. 800/801.

Un caso jurisprudencial emblemático en torno a este tópico es, en cambio, “C. P. d. P., A. K.”, resuelto por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en el que se juzgó acerca de la legalidad de un pedido de autorización judicial para interrumpir el embarazo en una etapa de gestación en la que las posibilidades de sobrevivencia del feto fuera del seno materno eran nulas⁽⁵⁷⁾. El pedido se fundó en el serio riesgo de muerte que, según la actora, la continuación del embarazo representaba tanto para la madre como para el niño por nacer, según las certificaciones médicas correspondientes de los servicios de obstetricia y cardiología.

La cuestión concreta de la constitucionalidad del art. 86, inc. 1º, CPen., fue resuelta en dos direcciones que, de algún modo, reflejan las líneas de interpretación constitucional doctrinal sobre la materia.

Una primera posición interpretó que la despenalización del aborto terapéutico es constitucional después de la reforma de 1994 porque ni el derecho constitucional a la vida del *nasciturus*, ni la garantía de su protección legal, tendrían fuerza o peso absolutos, sino relativos. Se arguye en este sentido que el art. 4.1., Convención Americana de Derechos Humanos, no enuncia una obligación estadual incondicional de proteger legalmente la vida desde la concepción, sino que, mediante la expresión “en general”, abre un espacio para excepciones razonables⁽⁵⁸⁾. Esta relatividad plantearía al intérprete la directiva de ponderar, en cada caso, los derechos y garantías del *nasciturus*, con los derechos afectados de la madre y, particularmente, con su derecho a la vida y a la salud. Sobre esta base, se acentúa la directiva contenida en la norma penal acerca de la imposibilidad fáctica de eludir el peligro por otros medios que no sean el aborto, y se proponen una serie de directivas interpretativas acerca de la naturaleza del peligro —grave e inminente— que justificaría su aplicación⁽⁵⁹⁾. Sosteniendo estas directivas interpretativas, el balance favorable a los derechos de la

(57) SCJBA, causa Ac. nro. 95.464, *C. P. de P., A. K.*, 27/6/2005.

(58) En SCJBA, causa Ac. nro. 95.464, *C. P. de P., A. K.*, 27/6/2005, el Dr. Soria adhirió, con matices, a lo expresado por los Dres. Roncoroni y De Lazzari, agregando también que la reforma constitucional de 1994 protege a la vida “en general”, siendo el art. 86 en sus incs. 1º y 2º una razonable (válida) reglamentación de tal derecho. El Dr. Soria, en *R., L. M.*, mantuvo esta opinión, sosteniendo que la vida desde la concepción está protegida “en general” por la CADH y que, por lo tanto, no es un derecho absoluto.

(59) Cfr. opinión del Dr. Lázari en SCJBA, causa Ac. 95.464, *C. P. de P., A. K.*, 27/6/2005, acápite 3 y 6; propuso una regla-test que, basada en el art. 86, inc. 1, y otras fuentes jurisprudenciales y bioéticas, habilita la autorización cuando concurrieran (i) peligro para la vida o la salud de la madre; (ii) imposibilidad de recurrir a otros medios menos lesivos.

madre se justifica constitucionalmente alegando que el derecho penal no puede exigir conductas heroicas, sino un mínimo de moralidad⁽⁶⁰⁾.

Aunque también la segunda línea de interpretación identifica en el tipo del art. 86, inc. 1°, un caso especial de estado de necesidad, refuerza las exigencias respecto de la naturaleza del peligro tipificado en la norma. Se interpreta que no es suficiente con que el embarazo represente un peligro grave, inminente e ineludible para la salud o la vida de la madre, sino que además se exige que el peligro se cierna sobre la vida del feto. Desde el punto de vista jurídico, esta interpretación se funda en la absoluta paridad entre el valor jurídico de la vida del feto y la vida de la madre, según una lectura integral de las convenciones internacionales incorporadas a la Constitución mediante el art. 75, inc. 22; unida a una lectura del art. 75, inc. 23, CN, según la cual la especial situación de desamparo del niño por nacer generaría la obligación estadual —y no meramente la facultad— de protegerlo legalmente.

Sobre esta base, se concluye que el estado de necesidad receptado en el art. 86, inc. 1°, CPen., es un caso especial de estado de necesidad respecto del que regula de modo genérico el art. 34, inc. 1°, del mismo código. Lo específico del primero respecto del segundo sería la obligación de la madre —inexistente en los casos genéricos de estado de necesidad— de soportar el riesgo que el embarazo pudiera representar para su propia vida⁽⁶¹⁾.

En la periferia de este debate constitucional de fondo, la norma penal plantea otras cuestiones interpretativas más concretas, como el tipo de prueba exigible respecto del peligro que representa la continuidad del embarazo; el momento en que válidamente corresponde que intervenga el Poder Judicial; y el tipo de garantías procesales constitucionales que rigen en el marco del proceso, en el caso de que la intervención judicial sea previa a la intervención médica. No es casual que el tipo de prueba exigible respecto de la existencia y la entidad del peligro sean menos rigurosos en la primera línea de interpretación que en la segunda. Paralelamente, aunque las opiniones son unánimes en el sentido de que el momento oportuno para la intervención del Poder Judicial es *a posteriori* y no antes de la comisión del aborto, las consecuencias prácticas que se atribuyen a esta opinión son diversas. La primera línea de interpretación le concede efectos meramente declarativos, que no le empecen a emitir una autorización

(60) Cfr. opinión de los Dres. Soria (acápito 4.v) y Roncoroni (acápito 2) en SCJBA, causa Ac. nro. 95.464, *C. P. de P., A. K.*, 27/6/2005.

(61) Cfr. opinión del Dr. Pettigiani en SCJBA, causa Ac. nro. 95.464, *C. P. de P., A. K.*, 27/6/2005, consid. III, *in fine*.

para realizar el aborto, en una suerte de juicio previo acerca de su impunidad⁽⁶²⁾. La segunda línea le concede, en cambio, efectos imperativos y se abstiene de emitir la autorización, con el expreso argumento de que un juez no puede autorizar nunca a realizar un acto no punible intrínsecamente antijurídico, como el que recoge el art. 86, inc. 1º, CPen.⁽⁶³⁾.

4. Un debate sobre la naturaleza de la acción

El debate sobre la constitucionalidad del denominado aborto “terapéutico” es, ante todo, un debate sobre la naturaleza natural, moral y jurídica de la acción. No es un debate sobre razones que justifiquen o no abortar, sino más bien acerca de la existencia misma de la acción de abortar. No cualquier intervención humana voluntaria en el embarazo que resulte en la muerte del feto puede conceptualizarse como un caso de aborto en sentido natural, y no todo aborto en sentido natural o físico es también (o por ello) un aborto en sentido moral y jurídico.

Desde un punto de vista puramente natural o físico, podría decirse que un hecho humano es un aborto cuando su resultado típico, y por lo mismo su propósito típico, es la muerte del feto⁽⁶⁴⁾. Un tratamiento de quimioterapia no tiende de forma típica a causar la muerte del feto, sino a eliminar o inocular células cancerígenas. Sin embargo, cuando el tratamiento se lleva a cabo en una mujer embarazada, la muerte del feto es un resultado previsible y, en algún caso, inevitable. La previsibilidad del resultado no transforma de por sí el tratamiento en una intervención abortiva desde el punto de vista natural, pues no es éste el fin para el que, técnicamente, se ordenan estos tratamientos.

(62) Voto del Dr. De Lázari, en SCJBA, causa Ac. nro. 95.464, C. P. de P., A. K., 27/6/2005, consid. VII.2.

(63) Opinión de los Dres. Negri y Pettigiani en SCJBA, causa Ac. nro. 95.464, C. P. de P., A. K., 27/6/2005.

(64) Por “tipo natural” nos referimos a lo que Tomás de Aquino denomina “acciones *in genere naturae*”, entre otros sitios, en *Suma Teológica*, I-II, qq. 17-20, especialmente, q. 18, a. 7 ad. 1 y q. 20 a. 3 ad, a.6. Interpretamos que el “tipo natural” o físico o “abstracta” de estudio, cfr. AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q.18 a.6, y q.20. En el análisis del tipo natural o físico seguimos a KEISER, K., “The Moral Act in Saint Thomas. A Fresh Look”, *The Thomist* 74 (2010), 237-82: 243. Entre muchos otros, también puede consultarse sobre acciones *in genere naturae* ORREGO C., “On Defining Kinds of Actions. Some Problems for the Rational Guidance of Conduct in Law and Morals”, *Rechtstheorie*, 2011, 42, 203-225.

Se trata, por así decirlo, de un efecto accidental de un curso de acción cuyos resultados típicos son otros.

Desde el punto de vista moral, la especie o naturaleza de las acciones se define desde lo que se ha dado en llamar “la perspectiva del agente” o, si se quiere, “la perspectiva interior”. Más concretamente, lo esencial, al determinar la especie moral de la acción, es el objeto de la elección del agente y su intencionalidad o finalidad. El acaecimiento del tipo físico o natural del aborto no es suficiente para afirmar que el agente es moralmente responsable del mismo. Para que haya responsabilidad moral es preciso que el agente haya elegido interiormente el tipo natural del aborto como contenido de su actuar exterior. Es preciso, en fin, que el agente se proponga abortar al actuar (en sentido natural o físico). En este orden de ideas, se afirma también que lo que en primer lugar determina la especie moral de los actos humanos es la “descripción” bajo la cual el agente se propone actuar en el plano exterior. Si el agente elige un proceso causal bajo la descripción del tipo natural del aborto, entonces es moralmente responsable de abortar, aun cuando su intención última fuere salvar a la madre —aborto para curar—. La buena intención final no salva la maldad de la elección ni cambia su especie moral⁽⁶⁵⁾.

Tampoco el acaecimiento a modo accidental, como efecto secundario de una acción perteneciente a otro tipo natural (curar, p. ej.) es un fundamento suficiente para predicar la responsabilidad moral del agente por aborto, ni para descartarla. Todo depende de la intencionalidad con la cual el agente se aproxima a este resultado accidental. En la medida en que el agente incorpore este resultado en su elección o en su intención final, será responsable moralmente del aborto. No

(65) Sobre la interioridad como perspectiva de determinación tanto de la especie como de la bondad moral del acto humano, cfr. Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 18, en particular, aa. 2 y 7. Interpretando en este punto a Aquino, cfr. FINNIS, John, *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, (García Norro, Juan, J. trad.), Eunsa, Barcelona, 1992, ps. 65-60; e interpretando a Aristóteles, FINNIS, John, *Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 33. Cfr. asimismo, en la tradición tomista, RONHEIMER, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, (Mardomingo, C., trad.), Rialp, Madrid, 2000, ps. 44-53; y Rhonheimer, Martin; Murphy, William F. (ed.); *Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*, Washington, DC, USA, Catholic University of America Press, 2008, p. 41. Estudiamos más extensamente la distinción entre la perspectiva moral y jurídica de especificación de la acción humana en ZAMBRANO, Pilar, “Principi, Razzioni e Diritti. Il Diritto come differenza pratica”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, II, 2013, 169-190; y ZAMBRANO, Pilar, “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la perspectiva jurídica y moral de especificación de la acción humana”, en Etcheverry, Juan Bautista, (ed.), *Ley, Moral y Razón. Estudios sobre el pensamiento de John Finnis*, a propósito de la segunda edición de *Ley Natural y Derechos naturales*, UNAM, México, 2012, ps. 87-118, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/9.pdf>.

habrá, en cambio, responsabilidad moral si desplaza este resultado tanto de su elección como de su intención⁽⁶⁶⁾.

No es, en fin, el acaecimiento del tipo natural del aborto o de sus resultados típicos en forma accidental lo que determina que haya o no aborto desde el punto de vista moral, sino más bien la elección interior o la intención, de una u otra cosa. Por supuesto, es posible que la descripción bajo la cual se elige actuar sea errada. Así, un agente puede creer erróneamente que existe un nexo causal típico entre la acción exterior que elige realizar y el resultado muerte; o contrariamente, puede descartar erróneamente la naturalidad o tipicidad de este nexo causal. Quien elige un modo de obrar bajo la creencia errónea de que es un modo típico de abortar, será moralmente responsable de abortar —aun cuando no se diera en el caso el tipo natural—. Quien elige un modo de obrar bajo una descripción distinta del aborto, y además descarta la muerte del feto de su intención o finalidad, no será moralmente responsable del aborto —aun cuando el supuesto encaje en el tipo natural o cuando se produzca la muerte del feto como consecuencia accidental de su acción—.

La penalización jurídica del aborto recoge o incorpora las razones morales para proscribirlo. De una parte, la convicción de que el feto o *nasciturus* es una persona con igual dignidad que la madre. De otra, y como consecuencia lógica de esta convicción primaria, la convicción de la injusticia de toda acción que se proponga de modo consciente y voluntario a acabar con su vida. Sin embargo, el derecho no juzga ni la elección ni la intención del agente —perspectiva central de la moral para especificar la acción— en sí mismas, sino sólo en la medida en que la elección y la intención informe el obrar exterior y en que, además, este obrar efectivamente se proyecte negativamente sobre el bien —la vida del *nasciturus*—, causando un daño o, cuanto menos, generando una amenaza cierta⁽⁶⁷⁾.

(66) Tomás de Aquino distingue entre “acontecimientos subsiguientes (al obrar)” premeditados y no premeditados. Únicamente cuando los acontecimientos subsiguientes (malos) son objeto de elección y/o intención, contribuyen en la definición de la especie o naturaleza moral del acto, configurándolo además como bueno o malo. Cfr. *Suma Teológica*, I-II q. 20, aa. 5 y 6. Ver también, ídem, q. 72 a 1; y II-II, q. 43 a 3, sitios señalados por el propio Aquino en II-II, q. 64 a 7, como especialmente ilustrativos de la tesis de que la acción se define por lo que se elige e intenta en el obrar. Cfr. asimismo, FINNIS, John, GRISEZ, G., BOYLE, J., “Direct and Indirect: A Reply to critics of our action theory”, *The Thomist*, 65, 2001, 1-44, republicado en FINNIS, J., *Collected Papers V. II*, 2011, OUP, cap. 13. Algo más recientemente, BOYLE, J., “The moral meaning and justification of the doctrine of double effect. A response to Robert Anderson”, *The American Journal of Jurisprudence*, 53, 2008, 69. En español es especialmente ilustrativo el trabajo de MIRANDA MONTESINOS, A., “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 35 nro. 3, 2008, ps. 485-519.

(67) Cfr. ZAMBRANO, P., (2012): 105.

El problema para el derecho —que no se presenta en la perspectiva moral (e interior) de análisis— es que ni la elección ni la intención son fenómenos físicos perceptibles del mismo modo en que se puede percibir la cadena causal que conforma el acto humano en su dimensión exterior. Por ello, el único modo que tiene el Derecho para determinar cuál es la elección o intención que especifica al obrar es lo que pueda asumirse a partir del tipo natural o físico desplegado. Allí donde un agente despliega un curso de acción encuadrable en el tipo natural del aborto, con conocimiento —en uso de sus facultades mentales— y voluntad —con control de sus actos—, es razonable concluir que “eligió” abortar (en sí mismo, o como medio para realizar otros fines). En cambio, allí donde un agente despliega un curso de acción que no es encuadrable en el tipo natural del aborto, es razonable concluir que no eligió abortar⁽⁶⁸⁾.

Siguiendo en este punto al Prof. Sánchez Ostiz, la determinación desde una perspectiva externa —que es la propia del derecho— de que un agente eligió desplegar un determinado curso de acción —en nuestro caso el “aborto”— constituye la denominada *imputatio facti*. Es el juicio de imputación más básico y elemental, que consiste en atribuir a un agente la producción libre —conociendo lo que hace y queriendo hacerlo— de un hecho. En este juicio se sintetizan al menos tres juicios aún más básicos: (a) que el agente conocía el curso causal que eligió desplegar; (b) que el agente eligió poner en el mundo físico este curso causal —este hecho— y no otro; (c) que el agente tuvo control sobre el hecho, desde su origen y, sobre todo, hasta la producción de su resultado típico⁽⁶⁹⁾.

El juicio de imputación fáctica puede estar errado, por supuesto. Pero es razonable asumir que, en términos generales, es un juicio cierto. Como sea, la conclusión, para el mundo jurídico, es que, si un hecho humano no es encuadrable en el tipo natural del aborto, entonces no hay razones jurídicas para imputar al agente, no ya el mérito o demérito de la acción, sino el mismo hecho (*imputatio facti*). Cuando, en cambio, un hecho humano es encuadrable en el tipo natural del aborto, entonces lo razonable es juzgar que el agente eligió actuar conforme al mismo —dejando a salvo los casos de pérdida de la razón o del control sobre los propios actos—.

En esta perspectiva se comprende que la decisión de la Corte en “Tanus” no constituya en modo alguno una suerte de justifica-

(68) Cfr. *ibídem*.

(69) SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, IB de f, Buenos Aires, 2008, ps. 57 y ss.

ción constitucional del aborto terapéutico. La Corte no justificó un aborto en “Tanus” porque, antes, no juzgó que el hecho fuera encuadrable en el tipo jurídico del aborto. Y no encuadró o juzgó el hecho como un caso de aborto, porque, antes, entendió que no encuadraba en el tipo natural de abortar, aun cuando co-producía (junto a la enfermedad subyacente) de forma accidental su resultado típico —la muerte del feto—. La razonabilidad de este juicio jurídico de imputación fáctica no depende de su adecuación plena al juicio moral de imputación fáctica. En “Tanus” era posible (e incluso presumible, teniendo en cuenta el momento en que se interpuso la acción declaratoria) que la madre no tuviera en miras la producción el resultado típico de la inducción —el alumbramiento—, sino más bien la producción de su resultado accidental —la muerte del feto—. Sin embargo, como se dijo, el intérprete jurídico no tiene otro modo de acceder a la interioridad que no sea a través de lo que pueda asumirse a partir del tipo natural que se lleva cabo. En este contexto, en el mundo jurídico es razonable asumir, como hizo la Corte Suprema, que la acción se despliega con el propósito propio del tipo natural y no, en cambio, con vistas a su resultado accidental.

Junto a hechos como el que se juzgó en “Tanus”, que encuadran en un tipo natural pero que de forma accidental producen los resultados típicos de otra especie natural de acción, existen otros hechos voluntarios insertables, al mismo tiempo, en dos tipos naturales distintos: abortar y salvar. No es el caso de la “quimioterapia” que puede producir la muerte del feto en una mujer embarazada, pero cuyo propósito típico no es la muerte, sino la cura. Es, en cambio, el caso de la inducción en el quinto mes de embarazo realizada con el propósito de salvar a la madre de un peligro grave, inminente y, sobre todo, que no puede ser salvado por otros medios. Es el caso juzgado en “C. P. d. P., A. K.” y recogido en el art. 86, inc. 1º, CPen.

Como siempre, la naturaleza moral del caso dependerá de la descripción bajo la cual el agente haya elegido obrar o de la intención ulterior que tuvo en miras al obrar, con o sin error de por medio. Pero el intérprete externo no tiene otra forma de determinar cuál es la aproximación interior del agente, que no sea asumirla o inducirla a partir del tipo natural de acción. Lo cual, en estos supuestos de “doble naturaleza”, sitúa al intérprete jurídico frente a dos alternativas: o bien asumir que la intervención —la inducción— se ha elegido bajo la descripción de “salvar” y tolerando, pero no queriendo, la muerte del feto; o bien asumir que la inducción se elige bajo la descripción de “abortar”.

En este contexto, la gravedad e inminencia del peligro, así como la inexistencia de medios alternativos para salvarlo constituyen, como señalaron algunos jueces en el caso “C. P. d. P., A. K.”, elementos ineludibles para ubicar al hecho de un lado u otro de la semántica de la acción natural. Por lo mismo, constituyen también elementos ineludibles para fundar el juicio jurídico de imputación fáctica según el cual quien interrumpe un embarazo sin que concurra ninguna de estas circunstancias comete un aborto en sentido natural y en sentido jurídico, aun cuando tenga en miras el propósito de eludir algún tipo de peligro para la salud de la madre. En otras palabras, si se induce el parto de un feto en una etapa del embarazo en que lo natural u ordinario es que el feto no sobreviva fuera del seno materno; en una situación en la que el peligro para la vida de la madre es mínimo y, sobre todo, superable por otras vías, el caso no es encuadrable, desde el punto de vista físico o natural, en el tipo “salvar” o “curar”. Y si no es encuadrable en este tipo natural, tampoco es encuadrable en el tipo jurídico.

Somos conscientes de que todas estas consideraciones exigen algo más de precisión acerca de los criterios de descripción natural de las acciones, que no es posible desarrollar aquí. Sólo basta con reiterar que lo que determina la especie moral de la acción no es la descripción natural objetiva, por así llamarla, de la acción, sino la descripción natural bajo la cual el agente elige un curso de acción, así como la intención última con que se realiza esta elección. El derecho asume la tipología moral, pero el único modo de determinar la interioridad del agente es la asunción de que, toda vez que un agente conoce y controla su acción exterior, entonces elige y quiere el tipo de acción natural en que este obrar exterior es encuadrable.

¿Qué se sigue de estas consideraciones para una lectura de la constitucionalidad del art. 86, inc. 1º, del CPen.? Por lo pronto, que estas distinciones morales no son bizantinas ni meramente teóricas. Constituyen, en cambio, el fundamento de la razonabilidad del carácter limitado de la obligación estadual de garantizar la vida del *nasciturus*, en los términos del art. 4.1, Convención Americana de Derechos Humanos. Una interpretación armónica de esta norma convencional con el resto —no ya del derecho convencional— sino de la misma Convención en que se inserta, obliga a tomarse en serio el reconocimiento de la personalidad del feto y del igual valor de sus derechos. Y tomarse en serio sus derechos supone, cuanto menos, dar razones para la restricción de sus garantías. No parece suficiente en este sentido la afirmación dogmática de que el art. 4.1 de la Convención autoriza a “balancear” o “ponderar” los derechos del feto y de la madre, y luego

derivar sin mayor fundamento que los derechos de la madre son de mayor peso que los del feto⁽⁷⁰⁾.

La alusión al “balanceo” y la “ponderación” no es más que un artilugio retórico si no se complementa con una justificación de las razones por las que se aplica un principio en lugar de otro. Y cuando los derechos se toman en serio, parafraseando a Dworkin, las razones para desplazar un principio fundamental no pueden reducirse a una declaración abstracta de la mayor jerarquía de unos sobre otros. Una declaración tal implicaría sacrificar unos derechos —los del feto— en función de otros —los de la madre—. El balance entre principios fundamentales es razonable, en fin, sólo si cuando se ofrecen razones suficientes, no para sacrificar derechos, sino más bien para descartar su violación en los casos concretos. La postergación o el desplazamiento de un principio fundamental sólo es razonable como consecuencia lógica de la conclusión prudencial de que, consideradas todas las cosas, los derechos enunciados en los principios desplazados no fueron vulnerados en su contenido esencial.

En este orden de ideas, la única lectura del art. 86, inc. 1º, CPen., compatible con la igualdad entre el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del *nasciturus* es la que circunscribe la norma a los supuestos que, propiamente hablando y consideradas todas las cosas, no son tipificables como aborto. Es razonable que el Estado se abstenga de garantizar la vida del *nasciturus* mediante el uso de la sanción penal cuando los hechos humanos voluntarios de los que sigue su muerte no son encuadrables —y en este orden— ni en el tipo natural ni en el tipo jurídico del aborto y, por lo mismo, muy probablemente tampoco en el tipo moral.

Si el *nasciturus* es genuinamente tan digno como la madre, el caso del aborto debería resolverse siempre con el juicio de imputación fáctica, que determina la ocurrencia o no del aborto como hecho —natural, jurídico y, con probabilidad, moral—. Si el resultado de este juicio fuera positivo, no haría falta avanzar hacia la consideración de razones de mérito para realizar el aborto —*imputatio iuris*—, porque

(70) Sobre la necesidad de ligar siempre el balance o la ponderación de derechos con los bienes humanos básicos que se suponen protegidos por cada derecho, cfr., CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 2000, ps. 358/359: “No habrá auténtico bien público que altere los derechos fundamentales ni existirá derecho fundamental cuyo alcance pueda significar la violación de otros derechos fundamentales o la frustración de un bien público (...). Derechos y bienes aparecen indisolublemente ligados”.

de la estricta igualdad entre el derecho a la vida del feto y el derecho a la vida de la madre se sigue que estas razones no existen⁽⁷¹⁾.

5. La vida del feto y la integridad moral de la madre. La constitucionalidad del art. 86, inc. 2, CPen.

En los casos “Tanus” y “C. P. d. P., A. K.”, la discusión era, propiamente, una discusión semántica sobre el concepto jurídico de aborto, y la Corte abordó de forma explícita la discusión en estos términos. Aunque en “C. P. d. P., A. K.” la discusión no se planteó en estos términos, se vio que la discusión debería haberse planteado en esta perspectiva, una vez que todos los jueces intervinientes proclamaron —algunos con más convicción que otros— la estricta paridad entre la dignidad y los derechos del feto, y la dignidad o los derechos de la madre. De todas formas, si se trasciende el plano de debate explícito, se advertirá, con bastante facilidad, que no fue casual que los jueces que más convicción muestran en esta y otras sentencias acerca de esta igualdad hayan insistido de forma tan enfática en la gravedad, inminencia e imposibilidad de sortear el peligro por otros medios.

El inc. 2°, art. 86, ya no sitúa al intérprete frente al problema de determinar qué es abortar y qué acciones, en cambio, se parecen al aborto pero no lo son. No sitúa al intérprete pues, en el plano de la *imputatio facti*, sino en el plano de la *imputatio iuris*, donde el problema a resolver es si hay o no razones en el derecho argentino que justifiquen la comisión del aborto en los supuestos de embarazo por violación, sea o no incapaz la mujer. La resolución de esta cuestión exige una previa definición de cuál es el significado y la extensión del derecho a la vida del feto y, más específicamente, de la garantía de su protección por la vía de la sanción penal. Por ello, no estuvo del todo errada la Corte Suprema cuando consideró, en el caso “F., A. L.” que su injerencia en el antiguo debate penal no excedía sus competencias.

5.1. El holding de F., A. L.

La Corte definió, en “F., A. L.”, la obligatoriedad constitucional y convencional de interpretar el art. 86, inc. 2°, en sentido amplio o bivalente. El *iter* argumental en que sustentó su decisión podría describirse como sigue:

Primero, el art. 75, inc. 23, CN, no obliga a proteger la vida desde la concepción ante toda amenaza y con la fuerza de la sanción penal,

(71) Sobre la *imputatio iuris* y su relación con la *imputatio facti*, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., cit., ps. 496 y ss.

sino que meramente faculta a “dictar un marco normativo específico de seguridad social” (consid. 9°).

Segundo, los principios de igualdad y de no discriminación recogidos en el art. 16, CN, y en diversas convenciones de derechos humanos (consid. 15); así como los principios de la dignidad de la persona (consid. 16), “de estricta legalidad” y *pro homine* (consid. 17); obligan a optar por la opción amplia en la disputa interpretativa de derecho penal (consids. 8° y 18).

Tercero, una vez que se entiende, a la luz de esta interpretación amplia, que el caso de aborto por violación (en general) no está penalmente proscrito, la exigencia de una autorización judicial para su consumación es contraria al principio de reserva establecido en el art. 19, CN (consids. 20-21).

En este despliegue argumentativo, la Corte Suprema no se limita a enunciar las condiciones constitucionales de la penalización del aborto, sino que afirma la existencia de un verdadero “derecho” fundamental, de prestación positiva, a acceder a la práctica abortiva por parte de toda víctima de violación⁽⁷²⁾.

5.2. *Los obiter dicta de F., A. L.*

El desplazamiento conceptual, desde un “derecho de libertad” contra la injerencia indebida del Estado hacia un “derecho de prestación positiva”, se consolida en las consideraciones que la Corte agrega a modo de *obitur dictum*, y que podrían sintetizarse en las siguientes proposiciones normativas:

Primero, la solicitud de dictámenes o consultas médicas suplementarias, o la exigencia de intervención de más de un profesional médico en el procedimiento abortivo, “no puede(n) sino ser considerada(s) como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar” (consid. 24).

Segundo, el Estado tiene la obligación de poner a disposición de la mujer las “condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura” (consid. 25).

(72) Sobre la denominadas “generaciones de derechos” puede verse WELLMAN, Carl, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rethoric?*, Westview Press, Perseus Book Group, 1999, ps. 15 y 21. Hemos criticado el salto lógico en esta dimensión del razonamiento de la Corte en ZAMBRANO, Pilar - SACRISTÁN, Estela B., “¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso *F., A. L.* y la relativización de los derechos fundamentales”, JA, 2012-2, fascículo 13, 33-46.

Tercero, es inconstitucional exigir denuncia, determinación judicial o prueba de cualquier tipo del delito de violación que generó el embarazo; basta, como único requisito, para dar por cierto este hecho, la declaración jurada de la víctima o de su representante (consid. 27).

V. BARAJAR Y DAR DE NUEVO

Aunque ni el *holding* ni el *obiturn dictum* de la decisión de la Corte Suprema en “F., A. L.” modifica de forma sustancial la premisa no discutida de que el *nasciturus* es persona en sentido jurídico constitucional, sí revoluciona, en cambio, los efectos jurídicos prácticos de este reconocimiento. Con esta revolución, podría decirse que la Corte baraja y vuelve a repartir los títulos jurídicos en todas aquellas situaciones típicas de conflicto entre los enunciados jurídicos que reconocen derechos y garantías fundamentales al *nasciturus* y los enunciados jurídicos que reconocen derechos y garantías fundamentales a la madre.

1. Sobre la relativización de los efectos jurídicos prácticos de la personalidad jurídica del *nasciturus* en la interpretación de la Corte

El argumento de la autonomía —de la madre, siempre— se ha utilizado en la dogmática constitucional en supuestos de aborto en general y de aborto por haber mediado violación. Así, en los supuestos de aborto en general, enseña Badeni que el derecho al bienestar individual se expresa en el derecho a la intimidad o a los derechos personalísimos de la madre, representativos de su honor, comodidad, arbitrio o voluntad de prevenir sanciones sociales⁽⁷³⁾. En esta tesitura, hay derechos humanos básicos —autonomía personal, protección de la dignidad humana, respeto a la libertad, a la intimidad, a la privacidad y la salvaguarda de las conductas autorreferentes de disposición del propio cuerpo— comprendidos en el art. 19, CN, que deben ser compatibilizados con el derecho a la vida, en opinión de Basterra⁽⁷⁴⁾.

(73) BADENI, Gregorio, “El derecho constitucional a la vida”, en AAVV, *El derecho a nacer...*, cit., ps. 29/35, esp. p. 33.

(74) BASTERRA, Marcela I., “Prohibición de la píldora del ‘día después’: un lamentable retroceso del principio de autonomía personal”, en DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho constitucional*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 636/648; en igual sentido, en una publicación suya posterior, “El derecho a la intimidad”, en SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 885/904, esp. ps. 897/898.

En Argentina, Farrell ilustra esa ausencia de libertad con el ejemplo de quien despierta y se encuentra conectado a otra persona, con la única alternativa de darle a ese otro ser la vida que sola no puede tener⁽⁷⁵⁾. Basterra, privilegiando también la autonomía, niega carácter absoluto al derecho a la vida o al valor vida, el cual debe ceder —en su opinión— en caso de violación⁽⁷⁶⁾ en razón, precisamente, de la falta de decisión libre. En esta misma línea, en el célebre precedente norteamericano “Roe v. Wade”, la privacidad de la madre constituyó la base normativa de la decisión de la Corte Suprema estadounidense que declaró por vez primera la existencia de un derecho fundamental a abortar sin interferencias estatales⁽⁷⁷⁾. Sin embargo, en este mismo precedente la Corte norteamericana advirtió que: “el apelante y ciertos *amici* arguyen que el feto es una ‘persona’, en el lenguaje y en el sentido de la enmienda XIV (...). Si la sugerencia de que el feto es persona se demostrara, la pretensión del recurrente, por supuesto, cae, pues el derecho a la vida del feto estaría específicamente garantizado por la enmienda”⁽⁷⁸⁾.

Como en “Roe”, la decisión de la Corte argentina en “F., A. L.” hubiera adolecido gravemente de fundamentación normativa sin una consideración explícita acerca del significado y la extensión del derecho a la vida del sujeto por nacer. Esta consideración era obligada incluso en el supuesto de que se pretendiera resolver la cuestión poniendo todo el peso de la justificación en el derecho a la intimidad de la madre, desde el momento en que es doctrina asentada de la Corte que “(el derecho a la privacidad e intimidad) protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por... las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo (...)”⁽⁷⁹⁾, “de tal forma que permita a los individuos elaborar libremente sus planes de

(75) FARRELL, Martín Diego, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, ps. 18/19.

(76) BASTERRA, Marcela I., “Prohibición de la píldora del ‘día después’: un lamentable retroceso del principio de autonomía personal”, en DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho constitucional*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 636/648.

(77) Cfr. “Roe v. Wade”, 410 US 113: 153-155 (1973). Hemos estudiado ampliamente el modo en que el valor de la vida humana no nacida condicionó el alcance del derecho pretoriano a abortar en la jurisprudencia norteamericana posterior a *Roe* en ZAMBRANO, P. - SACRISTÁN, E., “El estatus jurídico del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina”, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 134, mayo-agosto 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 715-759.

(78) Ídem, p. 157. Esta traducción, al igual que otras que aparecen *infra*, son nuestras.

(79) “Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida SA”, Fallos: 306:1892, 1984. Similar lenguaje se advierte en el voto del Dr. Petracchi en *Bazterrica*, *Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo*, Fallos: 308:1392, 1986. Igualmente, en la disidencia de los

vida, en tanto estos no afecten concretamente algún interés legítimo de terceros”⁽⁸⁰⁾. De este modo, la privacidad no es absoluta, sino que cesa ante el orden y la moral públicos, ante lo que excede al propio individuo y ante intereses legítimos de terceros.

Consciente de la existencia de este margen semántico de interpretación, sin negar ni afirmar de forma explícita que el art. 75, inc. 23, implique el reconocimiento de la personalidad del feto, la Corte niega, en cambio, que genere obligación alguna por parte del Estado. La Corte asume en este punto la posición del convencional Alfonsín en el debate parlamentario y reafirma que la norma se limita a conceder facultades que pueden o no ejercerse, según consideraciones prudentiales⁽⁸¹⁾. Sin embargo, el mayor obstáculo al reconocimiento de un derecho de libertad a abortar o, más aún, de un derecho de prestación positiva como el que crea la Corte, no provenía tanto de esta norma, cuanto de las convenciones internacionales incorporadas a la Constitución por medio del art. 75, inc. 22. La Corte debía, pues, refutar a este respecto la tesis de que el reconocimiento de la personalidad jurídica desde el momento mismo de la concepción implica el simultáneo reconocimiento de la obligación estadual de garantizar la vida del *nasciturus* con la fuerza de la sanción penal. En este orden de ideas, propuso una reinterpretación de las siguientes normas convencionales:

Art. 1º, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), y arts. 3º y 4º, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁽⁸²⁾: Según la Corte Suprema, las normas enunciadas en los arts. 1º, DADDH, y 4º, CADH, fueron “expresa-

Dres. Belluscio y Petracchi en *Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, Fallos: 316:479, 1993. También en “Gutheim, Federico v. Alemann, Juan”, Fallos: 316:703, 1993.

(80) Disidencia del Dr. Petracchi en “Comunidad Homosexual Argentina v. Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas”, Fallos: 314:1531, 1991.

(81) F. 259. XLVI REX, *F. A. L. s/medida autosatisfactiva*, del 13/3/2012, consid. 9º (“... si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del art. 86, inc. 2º, CPen. al supuesto de la víctima violada idiota o demente (ver al respecto, *Convención Nacional Constituyente 1994*, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19/8/1994, 2.- Armonización de los arts. 67 y 86, CN, t. VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, ps. 6145/6198”).

(82) Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DADHC), art. 1º: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), art. 3º: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”; CADH, art. 4º: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

mente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos”. Fundó esta opinión en la discusión que tuvo lugar en torno a la redacción de la norma y en el Informe 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A partir de esta lectura restrictiva de las obligaciones estatales correlativas al derecho a la vida del *nasciturus*, la Corte formuló su propia interpretación del derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica en el art. 3º, CADH. Sostuvo en este sentido 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, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste”⁽⁸³⁾.

Arts. 3º y 6º, Declaración Universal de Derechos Humanos⁽⁸⁴⁾: Contra la pretensión de que estas normas reconocen la personalidad jurídica y el derecho a la vida desde el momento de la concepción, la Corte adujo que deben ser leídas en contexto con el art. 1º, que establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”⁽⁸⁵⁾.

Si bien no explica qué parte de este enunciado contradice la pretensión del recurrente, podría inferirse que la Corte encuentra la contradicción en la referencia al nacimiento, y en la interpretación de que todos los derechos reconocidos por el instrumento se condicionan a este hecho.

Art. 6º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁸⁶⁾: La Corte niega que esta norma genere la obligación estatal de proteger la vida del no nacido con la fuerza de la sanción penal, con base en la “posición general” del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación”; así como en la “preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86, CPen.”, manifestada en CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/3/2010⁽⁸⁷⁾.

(83) Consid. 10.

(84) Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), art. 3º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; DUDH, art. 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

(85) Consid. 11.

(86) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 6º: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

(87) Consid. 12.

Art. 1º, Convención sobre los Derechos del Niño, y declaración interpretativa de la República Argentina en el art. 2º, ley aprobatoria 23.849⁽⁸⁸⁾. Según la Corte los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención manifiestan la voluntad de excluir la obligación estatal de condenar penalmente el aborto. Apoya esta interpretación en las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, 21/6/2010 y CRC/C/ARG/CO/34, donde el Comité de los Derechos del Niño “ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86”. Con relación a la declaración interpretativa, sostiene que “no constituye una reserva que, en los términos del art. 2º, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del art. 75, inc. 22, CN”.

La interpretación global del derecho convencional propuesta por la Corte es, pues, notoriamente ambigua en lo que concierne a la fijación o determinación del estatus jurídico del *nasciturus*. De una parte, la Corte afirma, como al pasar y sin hacer demasiado alarde, que el *nasciturus* es sujeto de derecho y titular del derecho a la vida, aunque este derecho no sería “absoluto”⁽⁸⁹⁾. De otra parte, niega que el Estado Argentino se haya obligado a sí mismo en el plano internacional a reconocer la personalidad jurídica del *nasciturus* desde el momento de la concepción⁽⁹⁰⁾.

En cualquier caso, la tímida afirmación de su personalidad jurídica y de sus derechos y garantías constitucionales y convencionales es manifiestamente relativizada. No solamente porque (a) se divorcia de toda obligación estadual de garantizarlos, sino porque más aún (b) se afirma la obligación estadual contraria de facilitar la comisión del aborto “sentimental”; (c) se establece la obligación estadual de sancionar a los agentes sanitarios que lo obstruyan; y (d) cualquier intento de determinación de la verosimilitud de la violación se tipifica como obstrucción al aborto “legal”.

La Corte funda estas conclusiones en dos órdenes de argumentos interpretativos. De una parte, la flexibilización con que la expre-

(88) Art. 1º: “Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos de América) el 20 de noviembre de 1989, que consta de 54 artículos, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley”.

Art. 2º: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: (...) Con relación al art. 1º, Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

(89) Consid. 10, 2º párr.

(90) Consid. 13, *in fine*.

sión “en general” cualificaría las obligaciones estatales respecto de la vida no nacida en el art. 4.1, Convención Americana de Derechos Humanos. Este argumento lógico gramatical se fundaría, a su vez, en tres argumentos de autoridad. En primer lugar, la autoridad de los redactores de la Convención, según surgiría de los debates en que se contextualizó la discusión de la norma. En segundo orden, la autoridad de la Comisión interamericana que habría acogido esta interpretación en el caso “Baby Boy”. En tercer lugar, la Corte le otorga fuerza *cuasi* vinculante a los informes sobre la situación legal de la mujer en Argentina esbozados por diversas comisiones de derechos humanos.

Con el divorcio entre el reconocimiento abstracto de la personalidad jurídica del *nasciturus* y la obligación práctica de brindarle protección, la Corte hace un uso explícito de la técnica de ponderación jerarquizadora de derechos y, con ello, de la regla interpretativa según la cual existen razones que justifican el desplazamiento o sacrificio de unos derechos en función de otros. De tal modo, adopta la postura contraria a la de la doctrina especializada⁽⁹¹⁾.

La decisión de la Corte en “F., A. L.” es sin lugar a dudas un *leading case*, desde el momento en que, mediante la confusión conceptual entre el pretendido derecho de libertad a la no penalización del aborto y el derecho de prestación positiva a recibir ayuda médica para abortar, ha revolucionado el reparto de títulos jurídicos. Esta revolución lanzó una ola reglamentaria local manifestada en “protocolos” de supuestos abortos no punibles, y una correlativa ola de casos judiciales de impugnación de los mismos, con los resultados más diversos, el último de los cuales —al momento de escribir estas líneas— ha rendido una valiosa solución de cara a la postura que esgrimimos⁽⁹²⁾.

(91) CIANCIARDO, J., *El conflictivismo...*, op. loc. cit. *supra*, nro. 72.

(92) Ver “Portal de Belén Asociación Civil v. Superior Gobierno de la provincia de Córdoba – Amparo – Recurso de apelación (expte. nro. 2301032/36)”, del 21/5/2013, sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de la provincia de Córdoba. La asociación actora inició acción de amparo contra la “amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer de la provincia de Córdoba” como consecuencia de la entrada en vigencia de una resolución ministerial provincial de 2002, de aprobación de la “Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el art. 86, incs. 1º y 2º, CPen.”, resolución cuya inconstitucionalidad solicitaron; la actora luego amplió demanda, solicitando la inconstitucionalidad de los dos incisos del citado art. 86. El tribunal hizo lugar parcialmente a la demanda: declaró la inconstitucionalidad de la resolución impugnada.

En lo que aquí interesa, en un caso rico en matices de federalismo por involucrar normas del orden federal y local, luego de afirmarse la protección tanto del niño como del por nacer bajo la normativa convencional internacional con rango constitucional desde 1994, se afirmó que “el Código Penal no otorga una autorización para abortar en los casos de los incisos del art. 86 ni, menos aún, confiere un derecho a hacerlo (...). (El Gobierno Federal puede decidir si desincrimina o no el aborto en determinadas circunstan-

2. Recapitulación

De los párrafos precedentes se concluye que la primera división de aguas en las situaciones típicas de conflicto entre las pretensiones de la madre y las del *nasciturus* concierne, como se dijo en la introducción, al peso y sentido de los derechos en juego. Mientras de un lado se insiste en la relativización de los derechos del *nasciturus* y de sus garantías constitucionales, del otro se insiste en el carácter absoluto o, más precisamente, “igualmente absoluto” (a los derechos de la madre) del derecho a la vida del feto, y en la consecuente obligación estatal de garantizarlo con el mismo peso o fuerza que si se tratara de los derechos de una persona nacida.

La posición que se inclina por relativizar los derechos y garantías del *nasciturus* se proyecta en la declaración de constitucionalidad de las políticas de salud reproductiva que autorizan —o imperan— la comercialización, distribución, o expendio de anticonceptivos con efectos abortivos —principales o subsidiarios—. En segundo lugar, en el mandato judicial de que las técnicas de reproducción asistida sean incluidas entre las prestaciones de salud obligatorias para las obras sociales, aun cuando impliquen el descarte de embriones. Finalmente, en la interpretación extensiva y laxa de la despenalización del aborto en casos de embarazo por violación, o de peligro para la vida o la salud de la madre (art. 86, CPen.).

Todos estos casos se subsumen alternativa o conjuntamente en los arts. 75, incs. 22 y 23, CN; el art. 19, CN; y las convenciones de derechos humanos incorporadas a la Constitución. Al igual que la subsunción, también los argumentos interpretativos de estas normas a favor de las pretensiones de la madre tienden a reiterarse. En primer lugar, se señala la naturaleza flexible de la obligación estatal de proteger por ley la vida no nacida, según el adverbio “en general” con que el art. 4.1, Convención Americana de Derechos Humanos, enuncia esta obligación. En segundo orden, se discute la naturaleza vinculante —y por lo mismo constitucional— de la declaración interpretativa introducida por Argentina al firmar la Declaración de los Derechos del Niño. Estos dos argumentos interpretativos de las normas constitucionales y convencionales se han usado para flexibilizar la obligación estadual de garantizar el derecho a la vida del *nasciturus*, cuyo reconocimiento no se discute.

cias, pero de ahí a imponerle a la provincia que, a través de sus instituciones sanitarias, deba acudir en auxilio material y positivo de quien desee cometer el aborto, hay una inmensa distancia, máxime cuando esto es clara y manifiestamente reñido con disposiciones explícitas de la Constitución local (...).”

Cuando se trata, en cambio, de afirmar o negar la existencia misma del *nasciturus* como sujeto de derecho, el argumento interpretativo más relevante es el que concierne al significado del concepto “concepción” y, más concretamente, al hecho al que este concepto hace referencia. A este respecto, la posición que ahora se analiza tiende a identificar el momento de la concepción en algún punto posterior a la implantación. De este modo, se concluye que ni los anticonceptivos que actúan impidiendo la implantación del embrión, ni las técnicas de fecundación asistida que impliquen el descarte de embriones interferirían en modo alguno en la esfera de los derechos del embrión que, en rigor, por ser objeto y no persona, carece de derechos.

Como argumentos de segundo orden o nivel que dan fuerza convincente a estas interpretaciones de primer nivel, se apunta:

- (a) La fuerza autoritativa de la —a su vez interpretada— voluntad de los redactores constitucionales en relación con el art. 75, inc. 23; o convencionales en relación con el art. 4.1, CADH.
- (b) La fuerza vinculante de la opinión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA manifestada en el caso “Baby Boy”.
- (c) Especialmente en relación con el art. 86, CPen., la fuerza *cuasi* vinculante de los informes producidos por diversos Comités de Derechos Humanos.
- (d) Como *addenda*, se emplea el principio interpretativo *pro homine* del derecho internacional de los derechos humanos a favor de la madre.
- (e) Cuando se trata de interpretar el concepto de concepción, se esgrimen argumentos científicos que sostienen que la personalidad comienza en algún punto posterior a la implantación.

En el otro extremo, la posición interpretativa contraria que iguala el peso de la personalidad jurídica del *nasciturus* con la personalidad jurídica de cualquier persona nacida, se proyecta en la declaración de inconstitucionalidad de las políticas de salud reproductiva que impliquen el uso de anticonceptivos anti-implantatorios —y por lo mismo abortivos—; o el uso de técnicas de fecundación asistida que impliquen el descarte de embriones; en la interpretación restrictiva de los supuestos contemplados en el art. 86, CPen., o en su declaración de inconstitucionalidad⁽⁹³⁾.

Las normas en que se subsumen los casos son las mismas que se invocan en la posición contraria, aunque, claro está, interpretadas en

(93) Voto de los Dres. Pettigiani y Negri en pilar.

sentido divergente. En concreto, se arguye que la declaración interpretativa introducida por Argentina en la firma de la Convención de los Derechos del Niño es vinculante en el orden internacional y, por lo mismo, tiene jerarquía constitucional. En segundo lugar, se propone una lectura sistemática de todas las convenciones y declaraciones internacionales, que usan de forma indistinta los conceptos de individuo, ser humano y persona. Finalmente, se interpreta que el concepto “concepción” hace referencia al hecho de la fecundación.

Como argumentos interpretativos de segundo orden, se indica que:

- (a) El adverbio “en general” usado en el art. 4.1, CADH, debe leerse en el contexto del inc. segundo del mismo artículo, que establece que nadie será privado de su vida arbitrariamente.
- (b) En relación con los supuestos despenalizados del art. 86, CPen., los informes de los Comités de Derechos Humanos carecen de fuerza vinculante de acuerdo con los tratados que erigen estos comités y regulan sus funciones.
- (c) El principio *pro homine* obliga a favorecer la continuidad de la vida del *nasciturus*, en particular, cuando se trata de resolver la duda científica acerca del modo de acción de los anticonceptivos de ingesta posterior al acto sexual; o bien la duda “filosófica” acerca del momento de la aparición de un nuevo individuo de la especie humana.
- (d) La ciencia genética habría determinado, de forma definitiva, que a partir del momento de la fecundación hay un nuevo individuo de la especie humana, distinto de la madre.

VI. REORIENTANDO EL DEBATE HACIA EL HORIZONTE COMPREHENSIVO DE NUESTRAS PRÁCTICAS CONSTITUCIONALES

Una primera conclusión de la síntesis precedente es que los casos típicos en los que emerge la cuestión de la legalidad del aborto y la extensión de los derechos y garantías del *nasciturus* se subsumen de forma reiterada en las mismas normas constitucionales y convencionales. En segundo lugar, se reiteran también, con variaciones mínimas, los argumentos interpretativos en relación con el sentido de estas normas en los casos concretos para los cuales se las aplica. Una tercera conclusión es que esta reiteración de argumentos interpretativos parece haber llegado a un punto de no inflexión, que sólo puede superarse si se avanza desde el plano formal en que se suelen esgrimir, hacia la

explicitación del horizonte comprensivo que siempre se asume pero que sólo se manifiesta de forma excepcional.

Este horizonte comprensivo está configurado por, al menos, otros tres niveles subyacentes de discusión que, por así decirlo, condicionan el debate “desde abajo” en forma complementaria y recíproca.

El primer nivel subyacente de discusión fue lúcidamente sintetizado por la Corte Suprema norteamericana en el voto mayoritario en “Planned Parenthood of Southeastern Penn. v. Casey”, cuando explicó que el problema del aborto —y de las “libertades preferidas” en general— no puede resolverse sin definir cuáles son “los límites entre la libertad individual y las exigencias de una sociedad organizada” en la esfera de asuntos que “involucran las decisiones más íntimas y personales que una persona puede hacer a lo largo de su vida, (y que son) centrales para (su) autonomía y dignidad personal”⁽⁹⁴⁾.

Si hubiera que elegir alguna controversia por su capacidad de reflejar este debate de fondo, la cuestión del aborto ocupa sin lugar a dudas un lugar de privilegio, pues atañe de modo directo y principal al concepto de persona y dignidad y, por lo mismo, al corazón o raíz de todo debate constitucional. En efecto, ya se ha visto que, de modo directo o indirecto, todas las discusiones concernientes al aborto implican una respuesta a la pregunta por la naturaleza jurídica de la vida humana en gestación, que podría reformularse en los siguientes términos: ¿es toda vida humana la vida de una persona que, por ser una vida personal, es tan digna como la vida ya nacida?

Aunque esta pregunta está implicada en todos los debates sobre el aborto, son pocos los casos en el derecho argentino —aunque no en el derecho constitucional comparado— en que la respuesta negativa se formula de modo expreso⁽⁹⁵⁾. El voto mayoritario en “F., A. L.” es una muestra paradigmática de la reticencia a asumir esta negación de modo abierto y resuelto. Una explicación posible para esta reticencia es que, en la negación de la dignidad intrínseca y por ende de la igualdad de todo miembro de la especie humana, se manifiesta la respuesta a un tercer nivel de indagación, que está todavía más solapado porque es más fundamental. Se trata ahora de reconsiderar el concepto de “concepto” o, más concretamente, de revisar la proposición según la cual los conceptos son representaciones de algún tipo de realidad. En particular, la cuestión del aborto exige repensar cuál es la concepción o filosofía semántica que mejor se adecua a la proposición según

(94) 505 U.S., 833, 846, 852.

(95) Ver *Roe...*, esp. IX.A de la opinión de la Corte.

la cual los derechos fundamentales son absolutos y universales y, en cuanto tales, se ofrecen a la inteligencia como objeto.

1. La cuestión semántica como presupuesto

La concepción consensual de los derechos fundamentales de Rawls presupone una visión “constructiva” del lenguaje y del conocimiento moral⁽⁹⁶⁾. Por su parte, la escuela crítica concibe a los principios de derechos humanos, ya como una creación burguesa funcional a sus intereses de clase; ya como la última carta de las minorías frente a una supuesta dominación cultural ejercida mediante el lenguaje⁽⁹⁷⁾. Finalmente, la alternativa de la correspondencia entre los principios de derechos humanos y bienes humanos cuya entidad es (en cierta medida) independiente de la voluntad humana, es propia de la tradición *iusnaturalista* clásica⁽⁹⁸⁾.

Muy probablemente todas estas opciones, o más bien una combinación de todas, sean ciertas cuando de lo que se trata es de describir globalmente cualquier práctica jurídica concreta. En efecto, en toda práctica jurídica hay conceptos técnicos que —legítima o ilegítimamente— parecen introducirse en el mundo del derecho de la mano del *lobby* o de la presión de algunos grupos de interés. Sólo por poner un ejemplo, el concepto de “precio predatorio” fue receptado desde las ciencias económicas por el derecho de la competencia, para significar “la política de vender un producto o un servicio a un precio muy bajo, con la intención de expulsar a los competidores del mercado”⁽⁹⁹⁾. Entre otros conflictos entre las grandes empresas de ventas de productos al consumidor final (los supermercados e hipermercados), uno de los más virulentos es el de la determinación del campo de referencia de este concepto. Las primeras, cuya política de ventas está fuertemente

(96) Sobre el carácter constructivo del concepto de persona en RAWLS, cfr., esp., RAWLS, J., *Political Liberalism*, cit., p. 20, y sobre el constructivismo como su teoría epistemológica práctica, cfr. ídem, cap. 3. Una crítica de su constructivismo aplicado al concepto de vida humana y persona puede hallarse en ZAMBRANO, P., *La disponibilidad de la propia vida*, Ábaco, 2004, ps. 101 y ss.

(97) Cfr., en el primer sentido, MAZUREK, Per, “Teoría marxista y socialista del derecho”, en KAUFMANN, Arthur - HASSEMER, Winfried. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, (ROBLES, G., trad.), Debate, Madrid, 1992, p. 343; y, en el segundo, asumiendo las tesis de Jacques Derrida sobre lenguaje y dominación, BUKER, Eloise A., “Rethoric in Postmodern Feminism”, en HILEY, David R. - BOHMAN, James F. - SHUSTERMAN, Richard, (eds.), *The Interpretive Turn*, Cornell University Press, 1991, p. 221.

(98) Uno de los más relevantes representantes actuales de esta tradición es FINNIS, John, en *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 221; FINNIS, John, *Ley natural y Derechos naturales*, (ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal - MADRID RAMÍREZ, Raúl, trads.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 249.

(99) Cfr. MEDINA, Graciela, “Políticas de ofertas de los supermercados, defensa de la competencia y precios predatorios”, LL, 2011-C-692/704, esp. p. 693.

centrada en promociones de precios, pujan por reducir al máximo su referencia, mientras que las segundas, que indudablemente se ven afectadas por estas promociones, pujan por lo contrario⁽¹⁰⁰⁾. Algo similar puede decirse del concepto de interés público, expandido por el legislador deseoso de sostener amplias competencias estatales de intervención económica, reducido por alguna jurisprudencia respetuosa del interés privado⁽¹⁰¹⁾.

Otros conceptos son más bien la traslación, al campo jurídico, de clasificaciones conceptuales emanadas de un debate o “discurso” social algo más amplio y reflexivo. Así, p. ej., podría pensarse en los conceptos de “inoponibilidad de la personalidad jurídica” o “corrimiento del velo societario”, que designan “la superación o el corrimiento de la forma jurídica para imputar las consecuencias del obrar de (una) sociedad (...), a sus socios o a quienes conformaron o impusieron la voluntad el ente”⁽¹⁰²⁾. Este concepto es una creación jurisprudencial y en parte doctrinaria relativamente nueva, dirigida a garantizar que no se abuse del reconocimiento de la persona jurídica o, puesto positivamente, que la personería jurídica se utilice para los fines sociales en función de los cuales fue reconocida⁽¹⁰³⁾.

Existen finalmente otros conceptos jurídicos que parecen reflejar un orden previo a toda decisión humana. Así, p. ej., la distinción dentro del concepto de “filiación”, entre “filiación por naturaleza” o “por adopción”, recogida en el art. 240, CCiv. Es cierto que puede pensarse una zona de penumbra, donde la referencia de esta distinción es discutible y donde, por lo mismo, tiene lugar la dimensión constructiva del derecho. Pero esta es una propiedad de todos los conceptos o, si se quiere, de todo el lenguaje, que no prueba que el lenguaje es pura construcción sino, como mucho, que en la parte más oscura de la referencia de los conceptos puede haber espacio para la construcción.

(100) Cfr. ídem, ps. 694/5.

(101) Ver, a modo de ejemplo, ley 26.522 o Ley de Medios, art. 2º, que cataloga como de interés público a “toda actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual”; o la ley 26.741, que declara de interés público prácticamente toda actividad hidrocarburífera; cfr. el precedente “FFCC Entre Ríos”, Fallos: 176:363, 1936, en el que todo el interés público fue considerado tan insignificante que no calificó como para justificar la aplicación retroactiva de la ley; puede ampliarse en SACRISTÁN, Estela B., “El concepto de interés público en la ley 26.854”, en AAVV, *Suplemento Especial Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853. Medidas cautelares*, LL del 23/5/2013, Buenos Aires, mayo/2013, ps. 145/155.

(102) Cfr. VERÓN, Alberto V., “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad”, LL 2011-D-1143/1157, esp. p. 1147.

(103) Cfr. Verón, “Uso y abuso...”, op. loc. cit.

En síntesis, hay zonas donde el lenguaje jurídico es el fruto de una construcción social ligada con intereses sectoriales más o menos pasajeros y más o menos legítimos.

Hay otras zonas del lenguaje jurídico que es también fruto de una construcción social, pero que se liga con los fines existenciales del derecho o, si se quiere, con intereses en cierto sentido universales y estables. Utilizando la terminología de la tradición central de la filosofía del derecho, esta zona abarcaría la extensa dimensión del derecho —casi toda— donde cada sociedad determina libremente cómo realizar, en sus circunstancias, los principios más básicos o radicales de justicia.

Finalmente, hay otras zonas —las menos— donde el lenguaje jurídico se limita a recoger distinciones o clasificaciones por así llamarlas “previas” o “naturales”.

Es natural o si se quiere necesario que así sea, porque el derecho rige y, más específicamente, ordena las relaciones humanas en todos los ámbitos de la existencia (o en casi todos): los que son por naturaleza o necesidad permeables a la decisión humana, “disponibles”, si se quiere, y los que no lo son. Por lo mismo, aquellas preguntas no deberían formularse en términos genéricos con relación a todo el derecho, sino más bien con relación a problemas o debates jurídicos concretos.

En relación al problema de la personalidad del sujeto por nacer, la pregunta podría pues reformularse del siguiente modo: ¿la determinación de que sujeto por nacer entra en el campo de referencia del concepto de “persona” está sujeta al arbitrio humano o pertenece, en cambio, al orden de cosas que se presentan a la inteligencia ya dadas, como *objectum*?

Una vez más, la respuesta puede esbozarse desde una perspectiva sociológica descriptiva, en cuyo caso habría que conceder que se parece más a un concepto construido al vaivén de pretensiones variadas, que a un concepto “hallado” o representado a partir de una realidad que se impone a la inteligencia. Basta en esta línea con intentar descifrar el sentido de esa entidad intermedia entre las cosas y las personas, a la que se debe un “respeto especial”, según el *common law* estadual norteamericano o el derecho constitucional español⁽¹⁰⁴⁾. O,

(104) Este concepto de “respeto especial” apareció por primera vez en el famoso precedente “Davis v. Davis”, 842 S.W. 2d. 588 (1992), donde se determinó que cualquiera de los progenitores tenía derecho a oponerse a la implantación de los embriones sobrantes en un proceso de fecundación *in vitro*. Sobre la extensión de estos conceptos a otros casos del *common law* norteamericano es ilustrativa la síntesis contenida en el fallo recaído en “Roman v. Roman”, 193 S.W.3d 40 (Tex.App.Hous. [1 Dist.] 2006). Sobre la vacuidad de este concepto de “respeto especial” puede consultarse ZAMBRANO, Pilar

en el otro extremo, develar el sentido de la personabilidad del embrión cuando, según algunas voces de la jurisprudencia argentina, es titular de un respeto devaluado, menos demandante que el respeto debido a personas ya nacidas o, en todo caso, que el respeto debido al embrión implantado⁽¹⁰⁵⁾.

La oscuridad o incluso el sinsentido de estos conceptos incipientes es una proyección lógica de la ambigüedad u oscuridad de otros conceptos igualmente nuevos, a los que la comunidad jurídica en general los vincula; tales como los conceptos del “derecho a la salud reproductiva” y a la “salud sexual”, en Argentina; y con algo más de andamiaje, el concepto de privacidad aplicado a la reproducción y a la vida sexual en general, en Estados Unidos. Todos estos, como aquellos, son comparativamente nuevos con relación a conceptos jurídicos más típicos de la dogmática civil y penal, tales como el de “daño” o “delito” o “acto jurídico”.

En esta etapa constructiva, donde el sentido de unos conceptos aparece condicionado por el sentido de otros, la pregunta semántica sociológica-descriptiva abre pues paso a la siguiente pregunta conceptual: ¿hay alguna referencia necesaria a la cual la construcción conceptual completa —abarcando todos los conceptos— *debería* apuntar, si es que pretende conservar la herencia de los derechos fundamentales? Lo cual sería tanto como preguntar: ¿el concepto de derecho fundamental, con sus características propias de universalidad y absolutidad, condiciona el criterio de construcción semántica, en lo que respecta al valor de la “vida humana por nacer” y al concepto de “persona”?

Los debates en torno a cuál sea la *praxis* semántica que mejor se ajusta a estas características de los derechos humanos y fundamentales son extensos y difícilmente reproducibles en este espacio. Aun así, cabe por lo menos indicar que se reconducen a la opción básica que se indicó, esto es, o bien los principios de derechos fundamentales son construcciones sociales que preceden y determinan a su propia referencia; o bien su referencia —algún bien humano básico— precede y determina su significado⁽¹⁰⁶⁾.

– SACRISTÁN, Estela B., “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia constitucional norteamericana y argentina”, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 134, mayo-agosto/2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, ps. 715/759.

(105) Cfr. p. ej. el voto del Juez Ferro en el caso Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “Loo, Hernán Alejandro y otra v. IOMA”, 29/12/2008, repasado en ZAMBRANO, María del Pilar – SACRISTÁN, Estela B., “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia argentina”, JA 2011-II-1143/1155.

(106) La alternativa semántica entre otorgar prioridad a la referencia o al significado en la determinación del sentido de los conceptos jurídicos, fue puesta de manifiesto por

Si se construye el significado o el concepto de los derechos fundamentales al margen de su referencia y, más aún, si el significado construido determina su propio ámbito de referencia, difícilmente pueda predicarse la universalidad y la absolutidad de los principios de derechos fundamentales. Serán, en cambio, principios tan extendidos como extendido sea el consenso social en que se sustenta aquel significado o concepto, y tan absoluto cuanto absoluto pretenda ser este mismo consenso, en la voluntad de no instrumentalizar al hombre.

Si, en cambio, la referencia precede a la construcción o mejor, a la abstracción del significado, el consenso social, la autoridad jurídica, o ambos, podrán construir significados intrincados y oscuros, como de hecho lo han hecho hasta ahora con relación al concepto jurídico de “persona” y de respeto. Pero ahí está la realidad referida por estos conceptos jurídicos y morales para iluminar lo que el uso o abuso del lenguaje obscurece. Pues por mucha fuerza o *imperium* que unos y otros posean para construir y reconstruir conceptos en el ámbito social y en el ámbito jurídico en particular, carecen del poder para transformar y mucho menos negar el marco de referencia de esta construcción.

En otras palabras, si la referencia precede al significado, los principios de derechos humanos o fundamentales, con sus notas de universalidad —para todos— y absolutidad —siempre— se hacen invulnerables al abuso del lenguaje⁽¹⁰⁷⁾. Puestos en este punto, cabe pues por última vez preguntar: ¿qué práctica semántica se ajusta mejor a estas notas conceptuales, y por lo mismo necesarias, de los derechos humanos? ¿Una práctica que construye los conceptos desde el vacío,

MOORE, Michael, entre otros trabajos, en “Constitutional Interpretation and Aspirations to a Good Society: Justifying the Natural Law Theory of Interpretation”, *Fordham Law Review*, 69, 2001, ps. 2091 y ss. Sobre la dimensión semántica del lenguaje como criterio para determinar cuál es el marco o límite de la creatividad interpretativa, cfr., p. ej., WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, (Ezquiaga Gamuzas, trad.), *Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, 2001, p. 108; y ZAMBRANO, Pilar, “Los derechos *iusfundamentales* como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, *Persona y Derecho*, 60, 2009, Pamplona, España, ps. 131/152; *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, UNAM, México, 2009, disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2690>. Una ilustración acerca de cómo opera el margen semántico en el marco de las diversas interpretaciones que pueden surgir del sólo criterio literal escindido de una guía referencial puede verse en SACRISTÁN, Estela B., “Entre la voluntad y las palabras”, en JA 2006-I-232/241.

(107) Sobre la semántica constructivista que subyace a la jurisprudencia de la Corte norteamericana iniciada en *Roe*, cfr., p. ej., BREEN, John M. - SCAPERLANDA, Michael A., “Never get out the boat. *Stenberg vs. Carhart and the Future of American Law*”, *Connecticut Law Review*, 39, 2006, ps. 304 y ss.

o una práctica que los construye desde la acogida a lo real? Si lo segundo, ¿cómo delimita la realidad referida por el concepto de derecho humano la construcción del concepto jurídico de persona? ¿No es, quizás, imponiendo la única condición de que su reconocimiento sea universal —a todo hombre— y absoluto —en toda situación—?

2. Sobre el condicionamiento entre los diversos niveles de discurso

El debate en torno al aborto reúne o sintetiza, pues, varios debates en uno: el debate explícito sobre la juridicidad del aborto en cualquiera de sus manifestaciones típicas; el debate implícito sobre el límite entre la esfera en que el hombre se debe a la comunidad y la esfera de acción en que la comunidad política no puede legítimamente injerir; el debate sobre el significado y sentido de la dignidad humana; y el debate último sobre el origen de los conceptos de cualquier discurso de índole pública.

En el nivel explícito de discusión, el debate sobre el aborto gira en torno a la interpretación de normas constitucionales y convencionales que definen la personalidad jurídica del *nasciturus*; el peso y sentido de sus derechos; y el peso y sentido de los derechos de la madre. Este debate interpretativo se funda, a su vez en reglas interpretativas o, si se quiere, en argumentos interpretativos de segundo orden que pretenden sustentar la interpretación de primer nivel. Pero los argumentos interpretativos de primer nivel dejan abierta la cuestión de la personalidad o dignidad del *nasciturus* y los argumentos interpretativos de segundo nivel no acaban de definir cuál es el fundamento último que justifica la elección por una de las muchas respuestas aceptables en el primer nivel.

De ahí que el debate explícito esté en realidad condicionado por la discusión implícita que consta al menos de otros tres niveles de discurso. En primer lugar, el problema de la delimitación entre la esfera “privada” o pública de acción. En segundo orden, y condicionando a este nivel, el problema de la definición del significado de la dignidad y de las obligaciones de justicia implicadas en este significado. Finalmente, y condicionando la respuesta a la pregunta por el significado y la extensión del concepto de dignidad, está la pregunta semántica por la naturaleza constructiva y/o representativa de los conceptos⁽¹⁰⁸⁾. La negativa a reconocer la igual dignidad teórica y práctica del *nas-*

(108) Sobre los niveles del discurso constitucional en el debate del aborto cfr. ZAMBRANO, P., “L’orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali. Un approccio su tre livelli a partire dal caso dell’aborto”, *Ars Interpretandi*, Universidad de Pádova, 1/2012, nro. 1, ps. 135-157.

citurus asume que, si no todos los conceptos, al menos los conceptos morales y jurídicos son pura creación o construcción social.

Cabe preguntarse para concluir hasta qué punto el *iter* argumental completo en todos los niveles de discusión es coherente con el concepto mismo de derecho fundamental y, en particular, con su naturaleza categórica o innegociable.

La distinción entre una esfera pública de acción y una esfera privada está presupuesta en el concepto mismo de derecho fundamental. Si algún sentido tiene el reconocimiento de derechos fundamentales es su fuerza o peso contramayoritario que, como célebremente señaló hace ya algún tiempo Ronald Dworkin, hace de los derechos una suerte de barrera o “carta de triunfo” frente al ilegítimo avance de la comunidad política en la esfera de reserva de la libertad individual⁽¹⁰⁹⁾.

Claro que la fuerza o peso contramayoritaria es, a su vez, realizable sólo en la medida en que el límite entre lo público y lo privado pueda distinguirse con criterios independientes del interés público. Lo cual implica que también el significado y la extensión del concepto de persona o titular de derechos sea igualmente independiente o autónomo del interés público para definir quiénes son titulares de derechos o, lo que es lo mismo, quién es persona. ¿Pero qué es un criterio autónomo de definición o significado de un concepto? ¿Qué nivel de autonomía es consistente con la naturaleza categórica y por ende con el peso contramayoritario de los derechos fundamentales?

Las alternativas en este plano se reducen a dos. O bien el significado precede a la referencia, o bien la referencia precede al significado. O bien el concepto de persona y dignidad es una pura construcción social que define su propio campo de extensión, incluyendo o excluyendo grupos de individuos según la fuerza que se alterne en el dominio del proceso constructivo, o bien el concepto posee un núcleo duro de significado que se abstrae de una realidad dada.

Desde el momento en que, como se ha señalado desde distintos ámbitos, esta disyuntiva concierne a la naturaleza de nuestro propio conocimiento y para solucionarla debemos usar el conocimiento, es irresoluble sin caer en una petición de principios. Lo que, en cambio, muestra el debate sobre el aborto, sin caer en una petición de principios, es que el reconocimiento de los derechos fundamentales sería pragmáticamente contradictorio si los conceptos implicados en ellos fueran *in totum*, un constructo social. O bien la condición de persona

(109) DWORKIN, Ronald, “Rights as Trumps”, en WALDRON, Jeremy, *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, ps. 153/167.

y la identificación de las acciones típicas que atentan contra su dignidad son, en alguna medida, descubiertas —no creadas—, o bien el concepto mismo de derecho fundamental es una contradicción en los términos.