# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

# MÁXIMOS PRECEDENTES



# DERECHO CONSTITUCIONAL

# TOMO I

# RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL TEORÍA CONSTITUCIONAL

## Director

# PABLO L. MANILI

## Autores

J. A. Amaya • S. G. Cayuso • L. Ekmekdjian O. A. Gozaíni • P. G. Hirschmann • M. C. Hockl V. E. Ibáñez Rosaz • S. Legarre • C. J. Laplacette P. L. Manili • J. Orgaz • N. Padilla S. B. Palacio de Caeiro • P. Riberi • J. C. Rivera (h.) R. Rosales Cuello • C. B. Sbdar • E. B. Sacristán

# LA LEY

Manili, Pablo L.

Máximos Precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Derecho constitucional. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2013.

v. 1, 1168 p. + EBook; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2541-3

1. Derecho Constitucional. I. Título

CDD 342

© Pablo Luis Manili, 2013
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2013
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

#### Impreso en la Argentina

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

#### Printed in Argentina

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

Tirada: 500 ejemplares

SET 41543103

ISBN 978-987-03-2541-3 (Tomo I) ISBN 978-987-03-2540-6 (Obra Completa) SAP 41543104

ARGENTINA

# ÍNDICES ACUMULATIVOS



# ÍNDICE GENERAL ACUMULATIVO

#### Томо І

# RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

## Capítulo I

## El recurso extraordinario en el sistema federal argentino

#### Por Pablo L. Manili

#### Texto de jurisprudencia

	CSJN, 12/11/1863, "Fonteynes de Mezieres, Adhel c. Martínez, Ramón. El Síndico del Concurso Rabassa y Pol c. San Miguel, Jaime", Fallos: 1:29 (1863)	I - 3
	Comentario	
I.	Introducción	<b>I</b> - 3
II.	Normas constitucionales aplicables	I - 6
III.	La administración de justicia provincial y federal	I - 7
IV.	La sanción de los códigos y del derecho sustantivo	I - 11
V.	La competencia federal	<b>I</b> - 13
VI.	Conclusiones	I - 15
	Capítulo II	
	Los requisitos formales del recurso	

# Por María C. Hockl

extraordinario federal. La acordada 4/07

#### Texto normativo

CSJN, Acordada 4/2007 - Apruébase el Reglamento sobre los Escritos
de Interposición del Recurso Extraordinario y del Recurso de Queja por
denegación de aquél

		To	mo/Pág.
		Comentario	
I.	Acl	araciones preliminares	I - 24
II.	La	cuestión federal. Su lugar preeminente y las formalidades	I - 26
III.	Rec	juisitos formales	I - 28
	a)	Planteo de la cuestión federal. Introducción y mantenimiento	I - 28
	b)	Interposición del recurso extraordinario federal	I - 32
IV.		das para la interposición del recurso extraordinario federal según la rdada 4/07	I - 35
	a)	Requisitos novedosos	I - 35
	b)	Condensación de jurisprudencia de la Corte sobre el contenido del escrito mediante el cual se interpone el REX	I - 36
	c)	Reglas para la interposición de la queja según la acordada 4/07	I - 36
	d)	Condensación de requisitos procesales en el contenido de la carátula	I - 36
	e)	Condensación de jurisprudencia de la Corte sobre el contenido del escrito mediante el cual se interpone el recurso de queja	I - 37
V.	Pro	nunciamientos de la Corte relativos a la acordada 4/07	I - 37
	a)	Con relación a las costas	<b>I</b> - 39
VI.	Nue	evos requisitos. Su relevancia	<b>I</b> - 39
VII.	Cor	nclusiones	I - 40
		Capítulo III	
		El concepto de sentencia definitiva y las sentencias asimilables a ella	
		Por Claudia B. Sbdar	
		Textos de jurisprudencia	
		N, 21/5/1951, "Fernández, Jesús y otros c. Frigorífico Armour de La a S.A.", Fallos: 219:511	I - 43
		N, 23/12/1997, "Ciampagna, Rodolfo Nicolás c. Administración Na- al de la Seguridad Social", JA 1998-II-535, Fallos: 320:2999	I - 44
		N, 4/5/1993, "Don Pedro Albariño S. A. y otro c. Inchauspe de Ferra- Iaría I.", LA LEY 1993-E, 58, DJ 1994-1, 379, Fallos: 316:826	I - 45
		N, CSJN, 31/3/1987, "Salinas, Ricardo c. Provincia de Corrientes", LA 1987-E, 432; DJ 1988-1, 569, Fallos: 310:732	I - 46
		N, 5/10/2010, "Grupo Clarín y otros S.A. s/medidas cautelares", Fa- 333:1885	I - 46

Tom	no/Pág.
Texto de jurisprudencia	
CSJN, 10/6/1970, "Giannone, José Antonio y otros s/decreto-ley 6666/57", Fallos: 277:30	I - 48
Antecedentes	I - 49
Estándar aplicado por la Corte	I - 49
Texto de jurisprudencia	
CSJN, 15/3/1994, "García, María de los Ángeles Florentina c. Caja Nacional de Previsión para la Industria, Comercio y Actividades Civiles", Fallos: 317:201	I - 49
Antecedentes	I - 50
Estándar aplicado por la Corte	I - 50
Comentario	
	I - 50
Capítulo IV	
Requisitos propios del recurso extraordinario: el Tribunal Superior de la causa	
Tribunal Nacional Federal del cual debe provenir la sentencia recurrida por Recurso Extraordinario	
Por Ramiro Rosales Cuello	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 7/4/1995, "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación - causa Nº 32/93", Fallos: 318:514	I - 63
CSJN, 3/5/2005, "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación (355)", Fallos: 328:1108	I - 67
CSJN, 20/9/2005, "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa", Fallos: 328:3399	I - 72
CSJN, 5/12/2000, "Fisco Nacional - D.G.I. c. El Hogar Obrero Cooperativa de Consumo Edificación y Crédito Ltda. s/ejecución fiscal", Fallos: 323:3919	I - 110
CSJN, 13/5/2008, "Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica c. Marini, Carlos Alberto s/ejecución", C.2705.XLI	I - 111
Comentario	
	I - 112

# Capítulo V

# Requisitos propios del recurso extraordinario: el Tribunal Superior de la causa

El Superior Tribunal de la causa en los casos de cuestiones federales tramitadas y resueltas en jurisdicción provincial

#### Por Ramiro Rosales Cuello

Textos de jurisprudencia	
CSJN, 8/4/1986, "Strada, Juan Luis c. Ocupantes del Perímetro ocupado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen", Fallos: 308:490	I - 117
CSJN, 19/2/1987, "Christou, Hugo y otros c. Municipalidad de Tres de Febrero", Fallos: 310:324	I - 132
CSJN, 24/12/1987, "Ascensores Volta, José Muggeri saici s/concurso preventivo", Fallos: 310:2833	I - 134
CSJN, 1/12/1988, "Di Mascio, Juan Roque interpone recurso de revisión en expediente nº 40.779, Fallos: 311:2478	I - 135
CSJN, 29/8/1991, "Acción Chaqueña s/oficialización lista de candidatos", Fallos: 314:916	I - 143
CSJN, 10/4/2003, "Metrovías s.a. s/queja por recurso de inconstitucio- nalidad denegado en Asociación Vecinal M. Belgrano y otra c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo", Fallos: 326:1179	I - 146
Comentario	
	I - 147
Capítulo VI	
El requisito de trascendencia como causal autónc en el recurso extraordinario federal	DMA
Por Osvaldo A. Gozaíni	

CSJN, 4/9/2012, "Compañía Industrial Cervecera S.A. s/apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.", C.516.XLVI; REX; 04-09	I - 153
CSJN, 14/8/2012, "Malini Verdu, Francisco José c. América TV S.A. s/daños y perjuicios", M.321.XLVII; REX; 14-08-2012	I - 154
CSJN, 14/8/2012, "Persoglia, Raúl Antonio - homicidio culposo agravado por la conducción de un vehículo automotor (expte. 597/07 s/queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad", P.223.XLVII; REX;	
14-08-2012	I - 154

Tor	no/Pág.
CSJN, 28/6/2011, "Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radio- comunicaciones Móviles S.A. s/despido", Fallos: 334:799	I - 155
CSJN, 31/5/2011, "Direct TV Argentina S.A. s/medidas cautelares", Fallos: 334:681	I - 164
Comentario	
I. La cuestión de trascendencia en el recurso extraordinario federal	I - 166
II. El conflicto de constitucionalidad del requisito de trascendencia	I - 168
III. Autonomía del requisito de trascendencia	I - 169
IV. Determinación de lo trascendente	I - 171
V. Fundamentación de la trascendencia	I - 173
VI. El requisito de la trascendencia con la acordada CS 4/07	I - 174
Capítulo VII	
El requisito de subsistencia del gravamen	
Por Estela B. Sacristán	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 6/4/1993, "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", Fallos: 316:479	I - 177
CSJN, 27/12/2006, "Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional - Dec. 1570/01 y otro s/amparo - ley 16.986", Fallos: 329:5913	I - 189
CSJN, 13/3/2012, "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", Fallos: 335:197	I - 205
Comentario	
I. Introducción	I - 260
II. Los fallos más trascendentes	I - 261
III. Comentarios conjuntos suscitados por estas trascripciones	I - 262
a) Hechos	I - 262
b) Holding	I - 262
IV. Mi opinión	I - 265
Capítulo VIII	
La cuestión federal del artículo 14, inciso 3º de la ley 48	
Por Luciana Ekmekdjian	

# Textos de jurisprudencia

CSJN, 19/8/1999, "Fayt, Carlos S. s/acción declarativa", Fallos: 322:1616.. **I** - 269

Tor	no/Pág.
CSJN, 20/9/1963, "Soria de Guerrero, Juana A. c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.", Fallos: 256:556	I - 305
CSJN, 2/10/2001, "Sosa", Fallos: 324:3322	I - 307
CSJN, 16/10/2002, "Sosa", Fallos: 325:2723	I - 309
CSJN, 14/2/1980, "Swift", Fallos: 302:8	I - 313
CSJN, 15/5/1986, "Campillay, Julio César c. La Razón, Crónica y Diario Popular", Fallos: 308:789	I - 318
CSJN, 21/11/2006, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transe- xual 'ALITT'", Fallos: 329:5266	I - 327
Comentario	
I. Introducción	I - 351
II. Diferentes manifestaciones de la cuestión federal simple	I - 354
a) Interpretación de la reforma constitucional	I - 354
b) Interpretación de los pronunciamientos de la propia Corte	I - 359
c) Interpretación de normas de derecho común	I - 361
III. Epílogo	I - 363
Capítulo IX	
La cuestión federal del artículo 14, inciso 1°, de la ley 48	
Por Pablo G. Hirschmann	
Texto de jurisprudencia	
CSJN, 7/11/1876, "D. Félix Bernal y otros c. Banco Nacional, por cobro de pesos", Fallos: 18:268	I - 365
Comentario	
I. El caso: antecedentes	I - 365
II. Una cuestión federal compleja indirecta encuadrada en el art. 14, inc. 1º de la ley 48	I - 366
III. Doctrina para resolver las cuestiones federales complejas indirectas	I - 368
IV. La solución del caso	I - 368
Texto de jurisprudencia	
CSJN, 25/8/2009, "Arriola, Sebastián y otros s/causa nº 9080", Fallos: 332:1963	I - 370

Tor	no/Pág.
Comentario	
I. Una cuestión federal compleja directa encuadrada en el art. 14, inc. 1°, de la ley 48	I - 408
II. El caso	I - 408
III. ¿Cuáles son las cuestiones federales complejas que incluye el inc. 1°, del art. 14, de la ley 48?	I - 409
Capítulo X	
La cuestión federal en el artículo 14, inciso 2º de la ley 48	
Por Carlos J. Laplacette	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 12/11/2002, "Franco, Blanca Teodora c. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno", Fallos: 325:2968	I - 411
CSJN, 19/11/1983, "Natividad Guglioni de Leiva y otro c. Provincia de Corriente", Fallos: 303:1801	I - 412
CSJN, 30/4/1996 "Recurso de hecho deducido por Ricardo Juan Borra- zás en la causa Martinelli, José Antonio s/denuncia - causa Nº 54.222", Fallos: 319:687	I - 413
CSJN, 23/12/2004, "Recurso de hecho deducido por Antonio Domingo Bussi en la causa Courel, Carlos A. s/calumnias e injurias", Fallos: 327:5794	I - 414
Comentario	
I. Cuestión federal compleja mixta	I - 415
II. Inconstitucionalidad de constituciones locales. Las normas locales y el derecho común	I - 416
III. Distintas facultades de la Corte Suprema para interpretar normas pro- vinciales y normas nacionales	I - 419
IV. Diferente configuración de la resolución contraria	I - 421
Capítulo XI	
El recurso extraordinario por sentencia arbitrar	AIA
Por Silvia B. Palacio de Caeiro	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 26/6/1939, "Storani de Boidanich, Victoria y otros c. Ansaldi, Imperial y Boyio" Fallos: 184·237	I - 425

Tor	no/Pág.
CSJN, 3/10/1956, "Storaschenco, Carolina e hijos menores c. Santa Rosa Establecimientos Metalúrgicos S.A.", Fallos: 236:27	I - 427
CSJN, 18/9/1957, "Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata (Cía. de Seguros)", Fallos: 238:550	I - 428
CSJN, 8/8/2006, "Nieto, Nicolasa del Valle c. La Cabaña S.A. y otros", Fallos: 329:3054	I - 430
CSJN, 7/8/2007, "Cuello, Patricia D. c. Lucena, Pedro A.", Fallos: 330:3483	I - 430
CSJN, 29/8/2006, "Villarreal, Daniel A. c. Fernández, Andrés A. y otros", Fallos: 329:3488	I - 435
CSJN, 4/3/2008, "Villarreal, Daniel Alberto c. Fernández, Andrés Alejandro", Fallos: 331:379	I - 437
CSJN, 14/5/2002, "Luque, Mauricio c. Servi Chaco SA", Fallos: 325:1014	I - 438
Comentario	
I. Introducción	I - 440
II. El derecho de propiedad y la cosa juzgada. "Storani de Boidanich, Victoria y otros c. Ansaldi, Imperial y Bovio"	I - 444
III. Obligación de los magistrados de fundar las sentencias y resoluciones. "Storaschenco, Carolina e hijos menores c. Santa Rosa Establecimientos Metalúrgicos, S.A."	I - 444
IV. El exceso ritual manifiesto y la verdad jurídica objetiva. "Colalillo, Domingo c. Compañía de Seguros España y Río de la Plata"	I - 446
V. Irrazonabilidad o defectos en la fundamentación normativa y apartamiento de la doctrina judicial fijada con anterioridad por la CSJN. "Nieto Nicolasa del Valle c. La Cabaña", "Cuello, Patricia D. c. Lucena, Pedro A.", "Villarreal, Daniel A. c. Fernández, Andrés A. y otros"	I - 448
VI. Introducción de la cuestión federal por arbitrariedad. "Luque, Mauricio c. Servi Chaco"	I - 450
VII. Conclusión	I - 451
Capítulo XII	
El recurso extraordinario por gravedad institucio	NAL
Por Carlos J. Laplacette	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 28/8/1960, "Antonio, Jorge s/interdicción", Fallos: 248:189	I - 453
CSJN, 26/6/1900, Antoino, Jorge s/Interdiccion, Panos. 240.109	1 - 400
dente de recusación", Fallos: 257:132	I - 457
CSJN, 20/3/1995, "Priebke, Erich", Fallos: 318:373	I - 459
CSJN, 9/8/2007, "Gallego, Carlos A.", Fallos: 330:4351	I - 464

CSJN, 15/6/2010, "Thomas, Enrique", Fallos: 333:1023 ...... I - 465

Ton	no/Pág.
Comentario	
I. Polimorfismo de un comodín	I - 467
II. Desarrollo jurisprudencial de la gravedad institucional	I - 469
III. Perspectiva actual	I - 474
Capítulo XIII	
El per saltum	
Por Pablo L. Manili	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 13/9/1990, "Dromi", Fallos: 313:630	I - 477
CSJN, 6/2/1994 "Reiriz, María G. y Casal, Eduardo E., procuradores fiscales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación s/su recurso extraordinario", Fallos: 317:1690	I - 477
CSJN, 3/4/1996, "Unión Obrera Metalúrgica de la R.A. c. Estado Nacional s/juicio sumarísimo", Fallos: 319:371. (Ver T. IV, p. 514)	I - 483
CSJN, 17/12/1997, "Rodríguez, Jorge - jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/plantea cuestión de competencia", Fallos:320:2851 (Ver T. IV, p. 517)	I - 483
CSJN, 11/10/2012, "Pro Familia Asociación Civil c. GBCA y otros s/impugnación de actos administrativos", LA LEY Online AR/JUR/51349/2012	I - 483
Comentario	
I. Introducción	I - 485
II. La Privatización de Aerolíneas Argentinas	I - 486
III. El caso "Reiriz"	I - 487
IV. El Caso "Unión Obrera Metalúrgica"	I - 489
V. La Privatización de los Aeropuertos	I - 490
VI. El caso del aborto "no punible" y un per saltum de oficio	I - 492
VII. La nueva ley de per saltum	I - 497
VIII. Observaciones generales y conclusiones	<b>I</b> - 499
Capítulo XIV	
La queja por recurso extraordinario denegado	
Por Santiago Legarre	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 20/2/2007, "Sam Sam, Miguel Jesús c. Ministerio del Trabajo", Fallos: 220:160	I 501

To	mo/Pág.	
CSJN, 6/5/2008, "Arnes, Rubén Miguel y otro c. Matos de Bertoldo, Mercedes Felipa", A.303.XLIV; RHE; 06-05-2008	I - 501	
CSJN, 20/12/1950, "Nación Argentina c. Bemberg, Luis E. y otros", Fallos: 218:807	I - 502	
CSJN, 3/3/2005, "Cantera Timoteo c. Mybis Sierra Chica", Fallos: 328:271	I - 504	
Comentario		
	I - 505	
Capítulo XV		
El certiorari		
Por Julio C. Rivera (h.)		
Textos de jurisprudencia		
CSJN, 21/12/1999, "Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set Sociedad Anónima", JA 2000-IV-748, Fallos: 322:3217	I - 513	
CSJN, 22/12/2009, "Benítez, Horacio O. c. Plataforma Cero S.A. y otros", RDLSS 2010-4-323, AP online 40050061, Fallos: 332:2815	I - 517	
CSJN, 15/4/1993, "Rodríguez, Juan Ramón c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro", JA 1993-II-718; Abeledo-Perrot: 04_316V1T107, Fallos: 316:713	I - 523	
CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando Horacio y otro c. Municipalidad de Buenos Aires", Abeledo-Perrot: 04_316v3T03, Fallos: 316:2454	I - 528	
Comentario		
I. La introducción del "certiorari" en el derecho argentino. El "certiorari" negativo	I - 533	
II. Constitucionalidad del "certiorari" negativo	I - 535	
III. Las implicancias de la denegación del recurso extraordinario con sustento en el art. 280 del CPCCN	I - 536	
IV. El "certiorari" positivo o de admisión	I - 537	

# Capítulo XVI

#### AMICUS CURIAE

#### Por Norberto Padilla

#### Textos normativos

Acordada 28/2004 - Autorízase la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia ori-

	TABULATOS FREGEBEITES	
no/Pág.	То	
I - 539	ginaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Reglamento	
I - 543	Acordada 7/2013 - Régimen que regula la participación de los Amigos del Tribunal. Modificaciones. Expediente nº 2439/04	
	Comentario	
	I. Síntesis de los fundamentos de la mayoría de la Corte Suprema en la	I.
I - 546	resolución 28/2004	
I - 546	I. Jurisprudencia	
I - 547	I. ¿Por resolución o por ley?	
I - 550	V. El amigo del tribunal, un tercero ajeno al pleito	
I - 550	V. Alcance de la "opinión fundada"	
I - 551	I. Conclusión	VI.
	$\approx$	
	D	
	Derecho Constitucional	
	Teoría Constitucional	
	Capítulo I	
	El Preámbulo de la Constitución Nacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema	
	Por Pablo L. Manili	
	Textos de jurisprudencia	
I - 557	CSJN, 6/5/1932, "Recurso de Hábeas Corpus deducido a favor de los deportados en el Transporte Chaco", Fallos: 164:344	
I - 573	CSJN, 2/4/1985, "Nordensthol, Gustavo J. c. Subterráneos de Buenos Aires", Fallos: 307:326	
I - 578	CSJN, 3/5/1979, "YPF c. Mendoza", Fallos: 301:341	
	Comentario	
I - 593	I. Introducción	I.
I - 595	I. Referencias al Preámbulo en la Jurisprudencia de la Corte	II.
I - 595	a) Mención genérica al Preámbulo o a varias partes de él	

b) "Constituir la unión nacional" ...... I - 598

	To	mo/Pág
	c) "Afianzar la Justicia"	I - 599
	d) "Proveer a la defensa común"	I - 601
	e) "Promover el bienestar general"	I - 601
III.	. Conclusiones	I - 603
	Capítulo II	
	La interpretación constitucional	
	Por Jorge Orgaz	
	Textos de jurisprudencia	
	CSJN, 9/12/1993, "Nicosia", Fallos: 316:2940	I - 607
	CSJN, 16/3/1999, "Ortiz Almonacid", Fallos: 322:413	I - 633
	CSJN, 21/3/2006, "Ferreyra, Víctor Daniel y Fereyra, Ramón c. V.I.C.O.V. S.A. s/daños y perjuicios", Fallos: 320:2701	I - 668
	CSJN, 27/9/2001, "Alianza Frente Para la Unidad", Fallos: 324:3143	I - 679
	CSJN, 11/10/2011, "AFIP c. Povolo", Fallos: 324:3345	I - 699
	CSJN, 19/8/1999, "Morrone, Roque A. y otros s/ley 23.771", Fallos: 322:1699	I - 705
	CSJN, 7/5/1997, "Gauna", Fallos: 320:875	I - 710
	CSJN, 13/3/2012, "F., A.L.", La Ley del 21/3/2012, Fallos: 335:197	I - 733
	CSJN, 27/12/1996, "Chocobar", Fallos: 319:3267	I - 788
	CSJN, 28/4/1922, Ercolano c. Lanteri", Fallos: 136:161	I - 848
	CSJN, 5/9/1958, "Kot, Samuel", Fallos: 241:291	I - 859
	Comentario	
I.	La interpretación constitucional	I - 870
II.	La interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	I - 871
	a) Los criterios de interpretación constitucional	I - 873
	a.1. La interpretación literal	I - 873
	a.2. La interpretación conforme al espíritu de la ley o a la voluntad del legislador	I - 874
	a.3. La interpretación integral o sistémica	I - 875
	a.4. La interpretación dinámica o evolutiva	I - 877
	a.5. La interpretación teleológica	I - 878
III.	Consideraciones finales	I - 878

I - 970

# Capítulo III

# El principio de igualdad

#### Por Pablo Riberi

3 1	
CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia", Fallos: 323:2659. (Ver T I, p. 327)	<b>I</b> - 881
CSJN, 8/8/2006, "Gottschau, Evelyn c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 329:2986	I - 881
CSJN, 19/9/2000, "González de Delgado, Cristina y otro c. Universidad Nacional de Córdoba", Fallos: 323:2659	I - 888
CSJN, 15/3/1984, "Arenzón, Gabriel c. Estado Nacional", Fallos: 306:400	<b>I</b> - 910
Comentario	
I. Exordio	<b>I</b> - 914
II. Argumentos generales	I - 916
a) Discriminación ilegítima basada en las preferencias sexuales	I - 917
b) Discriminación ilegítima basada en la nacionalidad	I - 918
c) Discriminación ilegítima hacia mujeres	I - 920
III. Epílogo	I - 920
Capítulo IV	
El principio de razonabilidad	
Por Susana G. Cayuso	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 5/9/1903, "Hileret c. Provincia de Tucumán", Fallos: 98:20	I - 923
CSJN, 28/4/1922, "Ercolano c. Lanteri", Fallos: 136:164	I - 932
CSJN, 1/9/1944, "Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes", Fallos: 199:483	I - 944
CSJN, 22/6/1960, "Cine Callao", Fallos: 247:121	I - 956
CSJN, 27/9/1983, "Almirón c. Nación Argentina", Fallos: 305:1489	I - 967
CSJN, 15/3/1984, "Arenzón, Gabriel c. Estado Nacional", Fallos: 306:400. (Ver T. I, p. 910)	I - 970
CSIN, 8/11/1988, "Repetto, Inés c. Provincia de Buenos Aires", Fallos:	

То	mo/Pág.
CSJN, 1/2/2002, "Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en autos: "Smith, Carlos Antonio c. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo", Fallos: 325:28	I - 978
CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688", Fallos: 327:3753	I - 986
CSJN, 24/4/2012, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos: 335:452	I - 1011
CSJN, 5/2/2013, "Maciel, Marcelo Fabián s/recurso de inconstitucionalidad", M.1395.XLII	I - 1032
Comentario	
I. Encuadre constitucional	I - 1035
II. De una razonabilidad formal a una razonabilidad sustantiva. Algunas pistas según la jurisprudencia tratada	I - 1040
Capítulo V	
El control de constitucionalidad de oficio	
Por Víctor E. Ibáñez Rosaz	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 30/6/1941, "Ganadera Los Lagos S.A. c. Gobierno Nacional", Fallos: 190:142	I - 1043
CSJN, 24/4/1984, "Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar nº 50 de Rosario, en sumarios nº 6/84", Fallos: 306:303	I - 1047
CSJN, 27/9/2001, "Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes", Fallos: 324:3219	I - 1055
CSJN, 19/8/2004, "Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra", Fallos: 327:311	I - 1078
CSJN, 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios", R.401.XLIII	I - 1083
Comentario	
	I - 1095
Capítulo VI	
Las cuestiones políticas no justiciables	
Por Jorge A. Amaya	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 7/9/1893, "Cullen, Joaquín M. c. Llerena, Baldomero", Fallos:	I 1105

mo/Pág.	To
	CSJN, 19/8/1999, "Fayt, Carlos S. s/acción declarativa", Fallos: 322:1616.
I - 1128	(Ver T. I, p. 269)
I - 1128	CSJN, 15/5/2007, "Binotti, Julio César c. Estado Nacional - Honorable Senado de la Nación", Fallos: 330:2222
	Comentario
I - 1132	I. Breve introducción
I - 1133	II. "Cullen vs. Llerena"
I - 1134	III. "Fayt c. Estado Nacional"
I - 1138	IV. "Binotti c. Estado Nacional"
I - 1140	V. Conclusiones
	$\approx$
	Томо ІІ
	DERECHOS FUNDAMENTALES
	(1 <sup>a</sup> Parte)
	Capítulo VII
	La doctrina de la emergencia
	Por Pablo L. Manili
	Textos de jurisprudencia
<b>II</b> - 3	CSJN, 28/4/1922, "Ercolano c. Lanteri", Fallos: 136:170. (Ver T. I, p. 848)
<b>II</b> - 3	CSJN, 7/12/1934, "Avico c. De la Pesa", Fallos: 172:21
<b>II</b> - 34	CSJN, 22/6/1960, "Cine Callao", Fallos: 247:121. (Ver T. I. p. 956)
II - 34	CSJN, 27/12/1990, "Peralta", Fallos: 313:1513
II - 64	CSJN, 1/2/2002, "Smith c. PEN s/amparo, Fallos: 325:28
	CSJN, 5/3/2003, "Provincia de San Luis c. Estado Nacional" s/amparo,
II - 72	Fallos: 326:417
II - 155	CSJN, 13/7/2004, "Cabrera, Jerónimo", Fallos: 327:2905

CSJN, 26/10/2004, "Bustos", Fallos: 327:4495...... II - 162

Fallos: 329:5913. (Ver T. I, p. 189) ...... II - 220

CSJN, 27/12/2006, "Massa, Juan A. c. PEN y otro s/amparo",

	То	mo/Pág.
	Comentario	
I.	Introducción	II - 220
II.	El bienestar general (directo) como subordinante del derecho de propiedad de un grupo. La convalidación de leyes expresamente fundadas en la emergencia	<b>II -</b> 221
III.	El bienestar (directo) de un grupo como subordinante del derecho de propiedad de otro grupo. La convalidación de una ley que no invocaba la emergencia	II - 224
IV.	El (supuesto) bienestar de la mayoría como excusa para la privación del derecho de propiedad de un grupo. La convalidación de un decreto que confiscaba el dinero de los ahorristas	II - 225
V.	La "Pesificación" y la vuelta a la ortodoxia	<b>II</b> - 228
	El regreso a la mala senda	II - 229
VII.	Conclusiones	II - 234
	Capítulo VIII	
	La libertad de expresión	
	Por Osvaldo Pérez Sammartino	
	Textos de jurisprudencia	
	CSJN, 23/12/1932, "Ministerio Fiscal de Santa Fe c. Diario La Provincia", Fallos: 167:121	II - 237
	CSJN, 12/6/1989, "Verbitsky, Horacio y otros sobre apología del crimen", Fallos: 312:917	<b>II</b> - 248
	CSJN, 15/5/1986, "Recursos de hecho deducidos por S.A. La Razón y el codemandado Dr. Federico Camilo Humbertlan en la causa Campillay, Julio César c. La Razón, Crónica y Diario Popular", Fallos: 308:789	II - 261
	CSJN, 12/11/1996, "Morales Solá, Joaquín M.", Fallos: 319:2741	II - 270
	CSJN, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S.A.", Fallos: 306:1892	II - 289
	CSJN, 7/7/1992, "Ekmekdjian c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492	<b>II</b> - 313
	Comentario	
I.	Prohibición de censura previa	<b>II</b> - 341
II.	Responsabilidades ulteriores	II - 343
	a) Doctrina del reporte fiel	II - 343
	b) Doctrina de la real malicia	II - 343
	c) Derecho a la intimidad	II - 344
III.	Derecho de réplica	<b>II</b> - 345

# Capítulo IX

# El derecho a la intimidad

## Por Oscar Flores

# Textos de jurisprudencia

rexios de jurispradencia	
CSJN, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, S. A.", Fallos: 306:1892. (Ver T II, p. 289)	II - 347
CSJN, 29/8/1986, "Bazterrica, Gustavo M.", Fallos: 308:1392	<b>II -</b> 347
CSJN, 13/2/1996, "Estado Nacional —D.G.I.— c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", Fallos: 319:71	II - 373
CSJN, 24/2/2009, "Halabi, Ernesto c. P.E.N Ley 25.873 - Dec. 1563/4", Fallos: 332:111	II - 377
CSJN, 1/6/2012, Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias", Fallos: 335:799	<b>II -</b> 401
Comentario	
I. El derecho a la intimidad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación	II - 408
II. Aplicaciones	<b>II -</b> 414
Capítulo X	
La libertad de culto	
Por Eugenio L. Palazzo	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 26/6/1980, "Carrizo Coito, Sergio c. Dirección Nacional de Migraciones" s/amparo", Fallos: 302:604	II - 417
CSJN, 18/5/1989, "Portillo, Alfredo", Fallos: 312:506	II - 424
CSJN, 16/6/1992, "Rybar, Antonio c. García, Rómulo y/u Obispado de Mar del Plata", Fallos: 315:1294	II - 438
CSJN, 6/4/1993, "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", Fallos: 316:479. (Ver T. I, p. 177)	II - 439
CSJN, 1/6/2012, Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias", Fallos: 335:799 (Ver T. II, p. 401)	II - 439
Comentario	
I. Antecedentes históricos	<b>II -</b> 439
II. La Constitución argentina	II - 441
III. La cuestión ante la Corte Suprema	II - 442

a) Relevancia y antecedentes ...... II - 442

		mo/Pág.
,	La libertad del culto católico	II - 443
	La libertad de otros cultos	
d)		
IV. An	nodo de balance	II - 446
	Capítulo XI	
	El debido proceso civil	
	Por María L. González Tocci	
	Textos de jurisprudencia	
	N, 18/8/1994, "ATE San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/io político - inconstitucionalidad", Fallos: 317:874	II - 447
	N, 21/9/1976, "Compañía Swift de La Plata (Ingenio La Esperans/quiebra", Fallos: 295:906	<b>II -</b> 461
Luc	N, 31/10/2006, "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de ro - Filial Córdoba c. Estado Nacional - PEN - Ministerio de Salud y rión Social de la Nación s/amparo", Fallos: 329:4593	II - 462
	N, 18/9/1957 , "Colalillo, Domingo c. Compañía de Seguros España o de la Plata", Fallos: 238:550	II - 474
cide	N, 11/4/2006, "Hojman, Rubén Evar s/concurso preventivo s/inente de revisión promovido por Giannella, María Cristina", Fallos:	II - 477
	N, 12/8/2008, "Reynot Blanco, Salvador Carlos c. Santiago del Este- Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos: 331:1690	II - 483
dad	N, 14/6/2001, "Anderle, José Carlos c. ANSeS s/reajustes por movili- l s/su presentación por retardo de justicia de la Excma. Cámara Fe- al de Apelaciones de la Seguridad Social Sala III", Fallos: 324:1944	II - 489
	Comentario	
a)	El derecho a ser oído, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas	II - 492
b)	El derecho al proceso, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba, y defensa de los derechos dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso	II - 495
c)	El derecho al plazo razonable, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso	II - 497

d) El derecho al juez natural, y a que éste sea competente, inde- pendiente e imparcial, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el dere- cho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando solucio-	mo/Pág.
nes apropiadas al objeto de la pretensióne) El derecho a la utilidad de la sentencia	II - 498
e) El derecho a la utilidad de la sentencia	11 - 502
Capítulo XII	
El debido proceso penal	
Por Armando M. Márquez	
Textos de jurisprudencia	
1. "Pro Homine"	
CSJN, 23/4/2008, "Acosta", Fallos: 331:858	<b>II</b> - 503
2. Principio del plazo adecuado	
CSJN, 29/11/1968, "Mattei, Ángel", Fallos: 272:188	<b>II</b> - 507
CSJN, 17/10/1978, "Mozzatti, Camilo y otro", Fallos: 300:1102	<b>II</b> - 509
3. Principio de congruencia	
CSJN, 6/7/2004, "Fariña Duarte, Santiago y otros", Fallos 327:2790	<b>II</b> - 514
CSJN, 31/10/2006, "Sircovich, Jorge O. y otros", Fallos: 329:4634	<b>II</b> - 523
CSJN, 11/12/2007, "A., M. A. s/p.s.a. abandono de persona calificado", Fallos: 330:4945	II - 529
4. Principio "in pauperis forma"	
CSJN, 16/11/2004 , Núñez, Ricardo A. s/sus recursos de queja y casación y extraordinario, Fallos: 327:5048	II - 533
5. Ejecución Penal	
CSJN, 19/10/1995, "Dessy, Gustavo G.", Fallos: 318:1894	II - 538
CSJN, 19/10/1995, "Badín, Rubén y otros c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:2002	II - 568
CSJN, 3/5/2005, "Verbitsky, Horacio", Fallos: 328:1146	<b>II</b> - 584
Comentario	
I. Introducción	II - 622
II. El principio "pro homine"	II - 622
III. El derecho a una respuesta jurisdiccional en tiempo adecuado	<b>II</b> - 624
IV. La defensa en juicio y el principio de congruencia	II - 625
V. Los actos de la denominada defensa "in pauperis forma"	II - 626
VI. La debida ejecución penal	<b>II</b> - 628

# Capítulo XIII

# Los derechos de los extranjeros

#### Por Mirtha Abad

## Textos de jurisprudencia

# 1. El concepto de "extranjero"

1.1. Exigencia de la ciudadanía para los cargo de prácticos marítimos	
CSJN, 22/10/1974, "Radulesco, Alejandro C. c. Gobierno Nacional", Fallos: 290:83	<b>II</b> - 631
1.2. Norma provincial que impide a los extranjeros ejercer la docencia	
CSJN, 8/11/1988, "Repetto, Inés María c. Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos: 311:2272	II - 633
1.3. Exigencia de la nacionalidad argentina para ingresar a un Hospital público	
CSJN, 24/2/1998, "Calvo y Pessini, Rocio c. Córdoba, Pcia. de s/amparo", Fallos: 321:194	<b>II</b> - 640
1.4. Jurisdicción originaria de la CSJN y originaria de la Pcia. de Buenos Aires	
CSJN, 7/12/1999, "Hooft, Pedro Cornellio Federico s/inconstitucionalidad art. 177 - Const. Provincial", Fallos: 322:3034	II - 644
1.5. Inconstitucionalidad del art. 177, Const. Pcia. de Buenos Aire.	s
CSJN, 16/11/2004, "Hooft, Pedro Cornelio Federico c. Buenos Aires, pcia. s/acción declarativa, Fallos: 327:5118"	<b>II</b> - 651
1.6. Derecho de un extranjero de acceder a la magistratura	
CSJN, 8/8/2006, "Gottschau, Evelyn P. c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 329:2986. (Ver T. I, p. 881)	<b>II -</b> 661
1.7. Derecho de un extranjero a trabajar en la biblioteca de la Corte Suprema	
CSJN, 12/8/2008, "Mantecón Valdez, Julio c. Estado Nacional - Poder Judicial", Fallos: 331:1715	<b>II</b> - 661
1.8. Derecho del extranjero a la pensión por invalidez	
CSJN, 4/9/2009, "R.A.D. c. Estado Nacional", Fallos: 330:3853	II - 668

Tomo/Pág.		
2. Nacional vs. Estado extranjero		
2.1. Extensión de la inmunidad diplomática en materia laboral		
CSJN, 22/12/1994, "Manauta, Juan José y otros c. Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios", Fallos: 317:1880	II - 685	
Comentario		
I. Comentario general	II - 703	
Capítulo XIV		
El derecho de familia		
Por Augusto C. Belluscio		
Textos de jurisprudencia		
1. Generalidades y matrimonio		
CSJN, 27/11/1986, "Sejean, J. B. c. Zaks de Sejean, A. M.", Fallos: 308:2268	II - 709	
CSJN, 14/3/2012, "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", Fallos: 335:197. (Ver T. I, p. 205)	II - 743	
CSJN, 5/2/1998, "Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/información sumaria", Fallos: 321:92	II - 743	
CSJN, 9/2/1989, Fallos: 312:122, "Villacampa, Ignacio c. Almos de Villacampa"	II - 767	
CSJN, 18/8/2010, "P. de la S., L. del C. c. P., G. E. s/divorcio y tenencia", Fallos: 333:1376	II - 772	
2. Filiación		
CSJN, 1/11/1999, "D. de P. V., A. c. O., C. H. s/impugnación de paterni-		
dad", Fallos: 322:2701	II - 777	
CSJN, 1/9/1999, "O., S. A. c. O., C. H.", Fallos: 322:2755	<b>II</b> - 791	
310:1698	<b>II</b> - 802	
CSJN, 28/12/2010, "A., J. E. c. F., B. s/filiación", Fallos: 333:2435	<b>II</b> - 803	
3. Adopción		
CSJN, 16/12/1957, "Schwartz, Jacobo León y otra", Fallos: 239:367	II - 805	
CSJN, 2/8/2005, "S., C. s/adopción", Fallos: 328:2870	<b>II</b> - 817	
CSJN, 16/4/1998, "Gucciardo, Mariano Norberto s/adopción", Fallos: 321:865	II - 830	
CSJN, 19/2/2008, "Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/guarda preadoptiva", Fallos: 331:147	II - 832	
CSJN, 16/9/2008, "G., M. G. s/protección de persona", Fallos: 331:2047	II - 840	

mo/Pág.	To
II - 852	CSJN, 27/11/2012, "P., G. M. y P., C. L. s/protección de persona"
	4. Interés superior del niño
<b>II</b> - 859	CSJN, 29/4/2008, "M. D. H. c. M. B. M. F.", Fallos: 331:941
II - 870	CSJN, 12/6/2012, "N. N. o U., V. s/protección y guarda de personas", Fallos: 335:888
	Comentario
<b>II</b> - 879	I. La tensión entre el derecho constitucional y el derecho de familia
II - 882	II. Cuestiones referentes al matrimonio
<b>II</b> - 884	III. Cuestiones relativas a la filiación
II - 885	IV. Cuestiones relativas a la adopción
II - 889	V. Aplicación de la protección del interés superior de los menores
	$\approx \approx$
	Томо III
	DERECHOS FUNDAMENTALES
	(2 <sup>a</sup> Parte)
	Capítulo XV
	El derecho electoral
	Por Santiago J. Martín
	Textos de jurisprudencia
<b>III</b> - 1	CSJN, 22/4/1987, "Ríos, Antonio Jesús", Fallos: 310:819
<b>III</b> - 13	CSJN, 6/10/1994, "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c. Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa", Fallos: 317:1195
	CSJN, 27/9/2001, "Alianza 'Frente para la Unidad' (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/oficialización listas de candidatos - Romero Feris", Fallos:
<b>III -</b> 25	324:3143
<b>III -</b> 46	CSJN, 9/4/2002 "Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo", Fallos: 325:524
<b>III</b> - 73	CSJN, 13/7/2007, "Bussi, Antonio Domingo c. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados", Fallos: 330:3160

	То	mo/Pág.
II.	El monopolio de las candidaturas por los partidos políticos. El caso "Ríos" (1987)	III - 117
III.	El 'derecho' a la reelección. El caso "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe" (1994)	<b>III -</b> 118
IV.	El derecho a votar y a ser elegido de los detenidos sin condena. Los casos "Alianza Frente para la Unidad" (2001) y "Mignone" (2002)	<b>III -</b> 120
V.	El juicio de las elecciones. El caso "Bussi" (2007)	<b>III -</b> 122
VI.	Breve conclusión	<b>III -</b> 125
	Capítulo XVI	
	Los derechos de los trabajadores (Contrato de trabajo)	
	Por Adelina Loianno	
	Textos de jurisprudencia	
	CSJN, 8/11/1866, "Varios puesteros próximos al Mercado Central c. Empresario del mismo Mercado", Fallos: 3:486	<b>III -</b> 127
	CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes - ley 9688", Fallos: 327:3753. (Ver T. I, p. 986)	<b>III -</b> 131
	CSJN, 14/9/2004, "Vizotti, Carlos Alberto c. Amsa s/despido", Fallos: 327:3677	<b>III -</b> 131
	CSJN, 3/5/2007, "Madorrán, Marta Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación", Fallos: 330:1989	<b>III -</b> 140
	CSJN, 1/12/1958, "Hogg, David y Cía. s/recurso de apelación c. sentencia", Fallos: 242:353	<b>III -</b> 150
	CSJN, 30/10/1979, "Hilanderías Olmos S.A. s/recurso de inconstitucio- nalidad - ley 16936", Fallos: 301:963	<b>III -</b> 157
	CSJN, 11/11/2008, "ATE c. Ministerio de Trabajo s/recurso de hecho", Fallos: 331:2499. (Ver T. III, p. 225)	<b>III</b> - 160
	CSJN, 27/12/1996, "Chocobar Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión Social para el Personal del Estado y Servicios Públicos", Fallos: 319:3267. (Ver T. I, p. 788)	<b>III</b> - 160
	CSJN, 8/8/2006, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/reajustes varios", Fallos: 329:308	<b>III</b> - 160
	CSJN, 26/11/2007, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/reajustes varios", Fallos: 330:4866	<b>III</b> - 166
	Comentario	
I.	Nota al fallo "Varios puesteros"	<b>III</b> - 170
II.	Nota al fallo "Aquino"	<b>III -</b> 172
III.	Nota al fallo "Vizotti"	<b>III</b> - 172

7	omo/Pág.
IV. Nota al fallo "Madorrán"	<b>III</b> - 173
V. Nota al fallo "Hogg"	<b>III</b> - 173
VI. Nota al fallo "Hilanderías Olmos"	III - 174
VII. Nota al fallo "ATE"	<b>III</b> - 175
VIII. Nota al fallo "Chocobar"	<b>III</b> - 176
IX. Nota al fallo "Badaro" (2005)	
X. Nota al fallo "Badaro" (2007)	III - 177
Capítulo XVII	
Los derechos de los trabajadores (Riesgos de trabajo)	
Por Marcelo J. Salomón	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 1/2/2002, "Gorosito c. Riva S.A. y otro s/daños y perjuicios", Fa llos: 325:11	
CSJN, 7/9/2004, "Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi S.A.", Fallos 327:3610	
CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s accidentes - ley 9688", Fallos: 327:3753. (Ver T. I, p. 986)	
CSJN, 26/10/2004, "Milone, Juan A. c. Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente", Fallos: 327:4607	
CSJN, 31/3/2009, "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro", Fallos: 322:709	
CSJN, 17/4/2012, "Obregón, Francisco Víctor c. Liberty ART"	
Comentario	
I. Introducción	<b>III</b> - 217
II. El desacople constitucional de la LRT y sus agregados: la doctrina de la CSJN	
Capítulo XVIII	
Los derechos gremiales	
Por José M. Onaindia	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 11/11/2008, "ATE c. Ministerio de Trabajo s/recurso de hecho Fallos: 331:2499	
Comentario	
I. Introducción	III 224

	То	mo/P	ág.
	El fallo "ATE" y la interpretación del derecho a formar organizaciones sindicales	III - 2	35
	El bloque de constitucionalidad en la sentencia de la Corte		
	Conclusión		
	Correct VIV		
	Capítulo XIX		
	El derecho de la seguridad social		
	Por Beatriz L. Alice		
	Textos de jurisprudencia		
	CSJN, 17/5/2005, "Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/reajustes va- ios", Fallos: 328:1602	<b>III -</b> 2	243
	CSJN, 8/8/2006, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/reajustes varios", fallos: 329:308. (Ver T. III, p. 160)	<b>III -</b> 2	255
	CSJN, 28/11/2006, "Pellegrini, Américo c. ANSeS s/reajustes varios", Faos: 329:5525	<b>III -</b> 2	255
	CSJN, 26/11/2007, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/reajustes va- ios", Fallos: 330:4866. (Ver T. III, p. 166)	III - 2	257
	CSJN, 11/8/2009, "Elliff, Alberto José c. ANSeS s/reajustes varios", Fallos: 32:1914	III - 2	257
	Comentario	<b>III -</b> 2	264
	Capítulo XX		
	El derecho ambiental		
	Por Daniel A. Sabsay		
	Textos de jurisprudencia		
	CSJN, 14/5/1887, "Saladeristas Podestá c. Prov. de Buenos Aires", Fallos:	<b>III</b> - 2	273
	CSJN, 8/7/2008, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y tros s/daños y perjuicios", Fallos: 331:1622	<b>III -</b> 2	278
C	CSJN, 17/4/2007, "Villivar, Silvana c. Prov. del Chubut y otros", Fallos: 30:1791		
	CSJN, 26/3/2009, "Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de s/amparo", allos: 332:663	<b>III -</b> 2	96
	Comentario		
	2235	III ^	

## Capítulo XXI

# El derecho del consumo

# Por Marcelo A. López Alfonsín

	iexios de jurispradencia	
	CSJN, 7/5/1998, "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/amparo", Fallos: :321:1352	III - 307
	CSJN, 7/5/1998, "PRODELCO c. PEN s/amparo", Fallos: 321:1252	<b>III -</b> 313
	Comentario	
		III - 352
	Capítulo XXII	
	Los derechos de los pueblos originarios	
	Por Paulina R. Chiacchiera Castro	
	Textos de jurisprudencia	
	CSJN, 9/9/1929, "Don Lorenzo Guari y otros contra la Provincia de Jujuy, sobre reivindicación", Fallos: 155:302	<b>III -</b> 361
	Análisis jurisprudencial	
	CSJN, 11/07/2002, "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación", Fallos: 325:1744	<b>III -</b> 369
	Análisis jurisprudencial	<b>III -</b> 371
	CSJN, 8/9/2003, "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación", Fallos: 326:3258	III - 372
	Análisis jurisprudencial	III - 377
	CSJN, 18/9/2007, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento", Fallos: 330:4134	III 279
	Análisis jurisprudencial	
	Comentario	
т	Introducción	III 204
	Caso "Don Lorenzo Guari" (1929)	
	Caso Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi (2002 y 2003)	
IV.	Caso Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat (2004)	
V.	Caso "Defensor del Pueblo de la Nación" (2007)	III - 389

VI. Reflexiones finales	omo/Pág. III - 391
$\sim$	
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONA	L
Capítulo XXIII	
La acción de amparo	
Por Eduardo P. Jiménez	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 27/12/1957, "Siri, Ángel s/interpone recurso de hábeas corpus",	
Fallos: 239:459	
CSJN, 5/9/1958, "Kot, Samuel", Fallos: 241:291. (Ver T. I, p. 859)	
CSJN, 29/3/1967, "Outon, Carlos José y otros s/amparo", Fallos: 267:215	
CSJN, 7/7/1992, "Ekmekdjian c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492. (Ver T. II, p. 313)	
CSJN, 5/3/2003, "Provincia de San Luis c. Estado Nacional s/amparo", Fallos: 326:417. (Ver T. II, p. 72)	
CSJN, 15/10/1998, "Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo - ley 16.986", Fallos: 321:2767	<b>III -</b> 404
CSJN, 24/2/2009, "Halabi, Ernesto c. PEN - Ley 25.873 - Dec. 1563/4", Fallos: 332:111. (Ver T. II, p. 377)	
Comentario	
I. General	<b>III -</b> 431
II. La creación del proceso de amparo	<b>III -</b> 431
III. La actuación de la Corte Suprema de Justicia en tiempos de la vigencia	
de la ley 16.986	
IV. La actuación de la corte suprema de justicia en tiempos posteriores a la reforma constitucional de 1994	III - 444
Capítulo XXIV	
El hábeas corpus	
Por Néstor P. Sagüés	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 3/12/1985, "Granada", Fallos: 307:2304	III - 453
CSJN, 22/3/1988, "Cafassi, Emilio F. s/hábeas corpus", Fallos: 311:308)	
CSIN 3/5/2005 "Verbitely Heracio" Fallos: 328:1146 (Ver T. H. p. 584)	

	(	
mo/Pág.		
III - 468	CSJN, 29/5/2007, "Haro, Eduardo M. s/hábeas corpus", Fallos: 330:2429.	
	Comentario	
<b>III -</b> 471	I. Introducción	Ι
III - 472	II. Control judicial de la declaración del estado de sitio	II
	II. El tipo de "amenaza" para plantear el hábeas corpus preventivo	
III - 475	V. El hábeas corpus correctivo, y el colectivo	
III - 477	V. El carácter sumario del hábeas corpus y los derechos del afectado. Oportunidad del rechazo in limine	V
	Capítulo XXV	
	El hábeas data y la protección de datos personales	
	Por Oscar R. Puccinelli	
	Textos de jurisprudencia	
<b>III -</b> 481	CSJN, 13/10/1998, "Aguiar de Lapacó Carmen s/recurso extraordinario (causa nº 450) Suárez Mason". S.1085.LXXXI, "Suárez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación ilegal de la libertad, etc."	
III - 486	CSJN, 15/10/1998, "Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo ley 16.986", Fallos: 321:2767. (Ver T. III, p. 404)	
III - 486	CSJN, 16/9/1999, "Ganora, Mario Fernando y otra s/hábeas corpus", Fallos: 322:2139	
<b>III -</b> 492	CSJN, 19/4/2011, "R. P., R. D. c. Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado s/recurso de hecho", Fallos: 334:445	
<b>III -</b> 495	CSJN, 6/3/2001, "Lascano Quintana c. Organización Veraz S.A. s/hábeas data", Fallos: 324:567	
III - 498	CSJN, 5/4/2005, "Martínez, Matilde Susana c. Organización Veraz S.A.", Fallos: 327:797	
III - 502	CSJN, 8/11/2011, "Catania, Américo Marcial c. BCRA - (Base Datos) y otros s/hábeas data", Fallos: 334:1276	
<b>III -</b> 504	CSJN, 8/11/2011, Napoli, Carlos, Alberto c. Citibank N.A. s/recurso de hecho", Fallos: 334:1327	
	Comentario	
III - 507	I. Introducción	Ι
	II. Los casos "Aguiar de Lapacó" y "Urteaga" (1998)	
<b>III -</b> 511	II. Los casos "Ganora" (1999) y "R. P., R. D." (2011)	III
<b>III -</b> 512	V. Los casos "Lascano Quintana" (2001) y "Martínez" (2005)	ΙV
<b>III -</b> 514	V. Los casos "Catania" y "Napoli" (2011)	V

#### CAPÍTULO XXVI

#### Acción declarativa de inconstitucionalidad

#### Por Maximiliano Toricelli

## Textos de jurisprudencia

CSJN, 26/9/1985, "Provincia de Santiago del Estero c. Nación Argentina y otros", Fallos: 307:1804	<b>III -</b> 517
CSJN, 13/11/1990, "Provincia de Mendoza c. Compañía Argentina de Teléfonos S.A. y otro", Fallos: 313:1152	<b>III -</b> 519
CSJN, 21/12/2000, "Aguas de Formosa S.A. y otra c. Formosa, Provincia de s/acción de inconstitucionalidad", Fallos: 323:4192	<b>III -</b> 520
CSJN, 11/12/2007, "Asociación de Bancos de la Argentina y otros c. Chaco, Provincia del s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos: 330:4953	III - 522
CSJN, 15/9/2009, "Molinos Río de la Plata S.A. y otra c. Misiones, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos: 332:2139	III - 525
Comentario	
I. Introducción	III - 526
II. La recepción de las medidas cautelares	III - 527
III. Consideraciones finales	<b>III -</b> 533

#### $\sim$

# **DERECHO INTERNACIONAL**

## Capítulo XXVII

# El derecho internacional de los derechos humanos

#### Por Pablo L. Manili

CSJN, 7/7/1992, "Ekmekdjian c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492. (Ver T. II, p. 313)	
CSJN, 27/12/1996, "Chocobar Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión Social para el Personal del Estado y Servicios Públicos", Fallos: 319:3267. (Ver T. I, p. 788)	
CSJN, 26/12/1996, "Monges, Analía M. c. UBA", Fallos: 319:3148	III - 537
CSJN, 19/9/2000, "González de Delgado, Cristina y otro c. Universidad Nacional de Córdoba", Fallos: 323:2659	
CSJN, 7/4/1995, "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación", Fallos: 318:514. (Ver T. I, p. 63)	

To	mo/Pág.
CSJN, 12/9/1996, "Bramajo, Hernán J. s/incidente de excarcelación", Fallos: 319:1840	III - 588
CSJN, 23/4/2008, "Acosta", Fallos: 321:331:858. (Ver T. II, p. 503)	
CSJN, 21/12/2000, "Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)" s/revisión,	
Fallos: 323:4130	<b>III -</b> 591
CSJN, 14/6/2005, "Simon, Julio Héctor y otros", Fallos: 328:2056	III - 612
CSJN, 13/7/2007, "Mazzeo, Julio L. y otros", Fallos: 330:3248	III - 787
Comentario	
I. Introducción	III - 846
II. Antecedentes de la reforma de 1994	III - 846
III. La jerarquía normativa. Conformación del bloque de constitucionali- dad	III - 848
IV. La aplicabilidad de la jurisprudencia internacional en el derecho argentino	III - 850
V. La aplicación retroactiva del derecho internacional de los derechos hu-	
manos	III - 853
a) Introducción	III - 853
b) La aplicación retroactiva del derecho internacional de los dere- chos humanos	III - 855
c) El caso "Barrios Altos" de la Corte IDH	III - 858
d) La disidencia	III - 859
e) Nuestra opinión	III - 860
VI. Conclusiones	III - 863
Capítulo XXVIII	
El derecho de la integración	
Por Eve Rimoldi de Ladmann	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 13/10/1994, "Cafés la Virginia S.A. s/apelación (por denegación de repetición)", Fallos: 317:1282	III - 865
CSJN, 7/5/1998, "Dotti, Miguel A. y otro (incidente de apelación auto de nulidad e incompetencia)", Fallos: 321:1226	
CSJN, 21/12/1999, "Mercedes Benz Argentina S.A.C.I.F.I.M T.F.N. Nº 8010-A c. A.N.A.", 623.XXXIII	
CSJN, 27/4/2010, "Sancor Cul (TF 18.476-A) c. D.G.A.", Fallos: 333:508	
Comentario	
	III 970

# TOMO IV PODER LEGISLATIVO

# Capítulo XXIX

# EL DERECHO PARLAMENTARIO

## Por Guillermo C. Schinelli

CSJN, 7/9/1893, "Cullen, Joaquín M. c. Llerena, Baldomero", Fallos: 53:420. (Ver T. I p. 1105)	<b>IV</b> - 3
CSJN, 20/9/1963, "Soria de Guerrero, Juana A. c. Bodegas y Viñedos Pu-	14-3
lenta Hnos.", Fallos: 256:556 (T. I, p. 305)	<b>IV</b> - 3
CSJN, 15/12/1998, "Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c. Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/repetición", Fallos: 321:3487	<b>IV</b> - 3
CSJN, 13/12/2007, "Bussi, Antonio Domingo c. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados" Fellow 220:2160 (Vor T. H. p. 72)	<b>IV</b> 5
ra de Diputados", Fallos: 330:3160. (Ver T. III, p. 73) CSJN, 15/6/2010, "Thomas, Enrique c. Estado Nacional s/amparo" Fa-	<b>IV</b> - 5
llos: 333:1023	<b>IV</b> - 5
Comentario	
I. Introducción	<b>IV</b> - 16
II. Análisis de los casos	<b>IV</b> - 17
a) Caso "Cullen c. Llerena"	<b>IV</b> - 17
b) Caso "Soria de Guerrero"	<b>IV</b> - 18
c) Caso "Nobleza Piccardo"	<b>IV</b> - 19
d) Caso "Bussi"	<b>IV</b> - 20
e) Caso "Binotti"	<b>IV</b> - 23
f) Caso "Thomas"	<b>IV</b> - 24
III. Algunas conclusiones	<b>IV</b> - 24
Capítulo XXX	
Las inmunidades y privilegios parlamentarios	
Por Diego L. Frossasco	
1. Inmunidad de opinión	
Texto de jurisprudencia	
CSJN, 19/9/1864, "C. XLII Criminal contra D. Benjamín Calvete, por injurias por la prensa contra un senador, sobre jurisdicción", Fallos: 1:297	<b>IV</b> - 27
Comentario	
	IV 20

10	mo/Pag.
Texto de jurisprudencia	
CSJN, 25/11/1960, "Martínez Casas, Mario s/querella", Fallos: 248:462	<b>IV</b> - 30
Comentario	<b>IV</b> - 32
Texto de jurisprudencia	14 - 32
CSJN, 7/6/2005, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Jorge Rivas en la causa Rivas, Jorge s/calumnias - Causa 4758", Fallos: 328:1893	<b>IV</b> - 33
Comentario	
	<b>IV</b> - 52
2. Inmunidad de arresto	
Texto de jurisprudencia	
CSJN, 15/12/1893, "Causa CCCLIII Contra el Dr. Leandro N. Alem y el Dr. Mariano N. Candioti, por rebelión contra el Gobierno Nacional; sobre excarcelación bajo fianza e inmunidad de los miembros del Congreso", Fallos: 54:432	IV - 53
Comentario	11 00
Communio	<b>IV</b> - 61
Texto de jurisprudencia	
CSJN, 4/11/1986, "Cuervo, Raúl s/muerte", Fallos: 308:2091	<b>IV</b> - 61
Comentario	
	<b>IV</b> - 62
Capítulo XXXI	
El juicio político	
Por Alfredo M. Vítolo	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 19/9/ 1864, "Bilbao, Francisco", Fallos: 1:302	<b>IV</b> - 63
CSJN, 13/1/1885, "Ugarriza c. Cárlos Hadley s/levantamiento de apercibimiento", Fallos: 27:389	<b>IV</b> - 66
CSJN, 6/9/1910, "Urdániz y Cía. c. Ezequiel Ramos Mexía p/daños y perjuicios", Fallos, 113:317	<b>IV</b> - 71
CSJN, 5/4/1922, "Castellanos, Joaquín s/juicio político", Fallos: 136:147	<b>IV</b> - 73
CSJN, 14/9/1931, "Irigoyen, Hipólito s/ excepción de incompetencia de jurisdicción", Fallos: 162:133	<b>IV</b> - 75
CSJN, 28/12/1987, "Magín Suárez", Fallos: 310:2845	<b>IV</b> - 92
CSJN, 1/11/1988, "Cagliotti, Carlos N. s/querella c. Molinas, Ricardo F. por el delito de injurias". Fallos: 311:2195	IV - 120

	To	mo/Pág.
	CSJN, 24/9/1991, "Molinas", Fallos: 314:1091	<b>IV</b> - 125
	CSJN, 3/12/1991, "Del Val", Fallos: 314:1723	<b>IV</b> - 143
	CSJN, 9/12/1993, "Nicosia", Fallos: 316:2940. (Ver T. I, p. 607)	<b>IV</b> - 151
	CSJN, 18/8/1994, "ATE San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/	
	juicio político - inconstitucionalidad", Fallos: 317:874. (Ver T. II, p. 447).	
	CSJN, 11/12/2003, "Brusa", Fallos: 326:4816	
	CSJN, 23/8/2005, "Acuña, Ramón Porfirio", Fallos: 328:3148	
	CSJN, 16/8/2006, "Boggiano", Fallos: 329:3235	IV - 184
	Comentario	
		<b>IV</b> - 264
	Capítulo XXXII	
	La delegación legislativa	
	Por Pablo L. Manili	
	Textos de Jurisprudencia	
	CSJN, 20/6/1927, "Delfino y Cía.", Fallos: 148:430	<b>IV</b> - 269
	CSJN, 17/5/1957, "Mouviel, Raúl O.", Fallos: 237:636	<b>IV</b> - 272
	CSJN, 2/12/1993, "Cocchia, Jorge c. Estado Nacional y otro", La Ley 1993-E, 633, Fallos: 316:2624	<b>IV</b> - 282
	CSJN, 5/3/2003, "Provincia de San Luis c. Estado Nacional y otros s/pesificación - Inconstitucionalidad", Fallos: 326:417. (Ver T. II, p. 72)	<b>IV</b> - 318
	CSJN, 21/10/2003, "Selcro S.A. c. Jefatura de Gabinete de Ministros", Fallos: 326:4251	<b>IV</b> - 318
	CSJN, 4/11/2008, "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/amparo", Fallos: 331:2406	
	Comentario	
ī	Introducción	IV - 347
		IV - 349
	Conclusiones	
		2. 001
	Capítulo XXXIII	
	La promulgación parcial de leyes	
	Por Pablo L. Manili	
	Textos de jurisprudencia	
	CSJN, 28/03/1941, "Giulitta, Orencio A. y otros c. Nación Argentina", Fa-	
	llos: 189:156	IV - 357

To	mo/Pág.	
CSJN, 9/8/1967, "Colella, Ciriaco c. Fevre y Basset S.A. y/u otro", Fallos: 268:352	<b>IV</b> - 361	
Comentario		
I. Introducción	<b>IV</b> - 368	
II. Comentario de los Fallos	<b>IV</b> - 369	
Capítulo XXXIV		
La amnistía		
Por Pablo L. Manili		
Textos de jurisprudencia		
CSJN, 11/7/1973, "Pivovarov, Iouri s/robo, etc. en su perjuicio. Procesados: Carlos Benigno Balbuena y otros", Fallos: 286:59	<b>IV</b> - 373	
CSJN, 21/11/1973, "Lucero, Franklin s/amnistía, ley N° 20.508", Fallos: 287:306	<b>IV</b> - 375	
CSJN, 14/6/2005, "Simon, Julio Héctor y otros", Fallos: 328:2056. (Ver T. III, 612)	IV - 380	
Comentario		
I. Introducción:	<b>IV</b> - 380	
II. Algunas interpretaciones amplias del alcance de las leyes de amnistía	<b>IV</b> - 381	
III. La extensión del concepto de amnistía a leyes que no la concedían	<b>IV</b> - 382	
IV. Conclusiones	<b>IV</b> - 386	
$\sim$		
PODER EJECUTIVO		
Capítulo XXXV		
Los decretos de necesidad y urgencia		
Por Pablo L. Manili		
Textos de jurisprudencia		
CSJN, 27/12/1990, "Peralta c. Estado Nacional", Fallos: 313: 1513. (Ver	IV - 389	

CSJN, 6/6/1995, "Video Club Dreams", Fallos: 318:1154...... **IV** - 389

To	mo/Pág.
CSJN, 19/8/1999, "Verrocchi, Ezio Daniel c. PEN - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo", Fallos: 322:1726)	<b>IV</b> - 415
CSJN, 19/5/2010, "Consumidores Argentinos c. EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/amparo ley 16.986"	<b>IV</b> - 428
Comentario	
I. Antes de la reforma de 1994	<b>IV</b> - 444
II. La reforma de 1994	<b>IV</b> - 446
III. Después de la reforma de 1994	<b>IV</b> - 447
IV. La Jurisprudencia reciente	<b>IV</b> - 450
V. Conclusiones	<b>IV</b> - 453
Capítulo XXXVI	
El indulto	
Por Pablo L. Manili	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 6/10/1868, "Luengo", Fallos: 6:227	<b>IV</b> - 455
CSJN, 2/8/1922, "Ibáñez", Fallos: 136:244	<b>IV</b> - 459
CSJN, 14/9/1931, "Irigoyen, Hipólito s/ excepción de incompetencia de jurisdicción", Fallos: 162:133. (Ver T. IV, p. 75)	<b>IV</b> - 464
CSJN, 11/12/1990, "Riveros", Fallos: 313:1392	<b>IV</b> - 464
CSJN, 6/4/1993, "Daleo", Fallos: 316:507	<b>IV</b> - 474
CSJN, 13/7/2007, "Mazzeo s/recurso de Casación en la causa Riveros", Fallos: 330:3248. (Ver T. III, p. 787)	<b>IV</b> - 482
Comentario	
I. Introducción	<b>IV</b> - 483
II. Indultos a procesados no condenados	<b>IV</b> - 483
III. Indultos a condenados por delitos tipificados por la Constitución	<b>IV</b> - 486
IV. El indulto en caso de crímenes de lesa humanidad	<b>IV</b> - 486
V. Relación entre indulto y amnistía	<b>IV</b> - 490
VI Reflexiones finales	IV - 491

Tomo/Pág.

# PODER JUDICIAL

## CAPÍTULO XXXVII

# Las facultades implícitas de la CSJN

# Por Sergio Díaz Ricci

## Textos de jurisprudencia y acordadas

CSJN, 21/8/1877, "Lino de la Torre s/hábeas corpus", Fallos: 19:231	<b>IV</b> - 495
CSJN, 19/10/1995, "Peláez, Víctor s/hábeas corpus preventivo", Fallos: 318:1967	<b>IV</b> - 504
CSJN, 19/8/1999, "Fayt, Carlos S. s/acción declarativa", Fallos: 322:1616. (Ver T. I, p. 269)	<b>IV</b> - 514
CSJN, 3/4/1996, "Unión Obrera Metalúrgica de la R.A. c. Estado Nacional s/juicio sumarísimo", Fallos: 319:371	<b>IV</b> - 514
CSJN, 17/12/1997, "Rodríguez, Jorge - jefe de Gabinete de Ministros de a Nación s/plantea cuestión de competencia", Fallos: 320:2851	<b>IV</b> - 517
CSJN, 9/6/2004, "Moliné O'Connor, Eduardo s/juicio político, queja por denegación de rec. extraordinario", Fallos: 327:2205	<b>IV</b> - 544
CSJN, 1/6/1973, "Venini, Horacio Juan s/remoción", Fallos: 286:17	<b>IV</b> - 556
Acordada 2/1945, 2/4/1945, Fallos: 201:239	<b>IV</b> - 557
Acordada 45/1995, 23/11/1945, Fallos: 318:1772	<b>IV</b> - 559
Acordada 20/1996, 11/4/1996, Fallos: 319:24	<b>IV</b> - 561
Acordada 60/1996, 15/10/1996, Fallos: 319:2078	<b>IV</b> - 564
Acordada 4/2000, 14/3/2000, Fallos: 323:1293	<b>IV</b> - 565
Comentario	
a) La tutela judicial efectiva	<b>IV</b> - 573
a.1. Derecho a la jurisdicción (Abatimiento de escollos procesales)	<b>IV</b> - 573
a.2. Juez natural	<b>IV</b> - 575
a.3. Preservación de sus funciones jurisdiccionales	<b>IV</b> - 575
b) Independencia judicial	<b>IV</b> - 576
b.1. Garantía de independencia	<b>IV</b> - 576
h 2 Facultadas da superintendencia	IV - 570

Tomo/Pág.

## CAPÍTULO XXXVIII

## El arbitraje

#### Por Pablo L. Manili

#### Textos de jurisprudencia

	CSJN, 1/6/2004, "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.", Fallos: 327:1881	
	Comentario	
I.	El arbitraje como método para la solución de controversias	IV - 585
II.	El Estado frente al arbitraje	IV - 585
III.	El control de constitucionalidad en el arbitraje	IV - 588
IV.	Los recursos judiciales contra los laudos arbitrales	IV - 588

#### $\sim$

## **FEDERALISMO**

## CAPÍTULO XXXIX

# Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN

### Por Antonio M. Hernández

## Textos de jurisprudencia

	CSJN, 9/5/1869, "Resoagli, Luis c. la Provincia de Corrientes por cobro de pesos", Fallos: 7:373	<b>IV</b> - 593
	CSJN, 20/9/1926, "Banco de Córdoba apelando una resolución de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios", Fallos: 147:239	<b>IV</b> - 600
	CSJN, 9/8/1968, "Marconetti Ltda. S.A.I.C.", Fallos: 271:186	<b>IV</b> - 602
	CSJN, 21/9/2004, "Zavalía, José Luis c. Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/amparo", Fallos: 327:3852	IV - 606
	CSJN, 19/12/2006, "Díaz, Ruth Inés c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos: 329:5814	<b>IV</b> - 617
Comentario		
I.	Introducción	<b>IV</b> - 622
II.	Consideraciones doctrinarias	<b>IV</b> - 622
	a) La soberanía reside en el estado federal	IV - 623

b) La soberanía reside en el poder constituyente ...... IV - 624

	omo/Pág.
c) La soberanía reside en los estados miembros	<b>IV</b> - 624
d) La soberanía está dividida y compartida entre los diversos ór- denes gubernamentales de la federación	<b>IV</b> - 625
III. La jurisprudencia de la CSJN	<b>IV</b> - 629
Cupirvu o VI	
Capítulo XL	
La autonomía municipal	
Por María G. Ábalos	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 21/3/1989, "Rivademar, Angela D.B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario", LA LEY 1989-C, 47, Fallos: 321:326	<b>IV</b> - 635
CSJN, 24/8/1989, "Promenade S.R.L. c. Municipalidad de San Isidro", La Ley Online: AR/JUR/2307/1989, Fallos: 314:1394	<b>IV</b> - 644
CSJN, 4/6/1991, "Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe", LA LEY 1992-A, 396, Fallos: 314:495	<b>IV</b> - 656
CSJN, 28/5/2002, Municipalidad de La Plata s/inconstitucionalidad del decreto ley 9111, Fallos: 325:1249	
CSJN, 24/2/2005, "Ponce, Carlos A. c. Provincia de San Luis", LA LEY del 11/03/2005, Fallos: 328:175	<b>IV</b> - 666
Comentario	
	<b>IV</b> - 698
Capítulo XLI	
La Ciudad Autónoma de Buenos Aires	
Por Agustín Zbar	
Textos de jurisprudencia y leyes nacionales	
CSJN, 7/5/1997, "Gauna, Juan Octavio c. Estado Nacional", Fallos: 320:875. (Ver. T. I, p. 710)	<b>IV</b> - 707
CSJN, 18/11/1999, "Cincunegui, Juan Bautista c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos 322:2856:	<b>IV</b> - 707
CSJN, 8/7/2008, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 331:1622. (Ver T. III, p. 278)	<b>IV</b> - 710
CSJN, 18/12/2007, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Tierra del Fuego", Fallos: 330:5267	<b>IV</b> - 710
Ley 24.588, Poder Legislativo Nacional. Ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires. Sanc. 8/11/1995; promul. 27/11/1995	<b>IV</b> - 716

	mo/Pág.
Ley 26.288, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires. Sanc. 22/8/2007; promul. 6/9/2007; publ. 7/9/2007	<b>IV</b> - 718
Comentario	
I. Contenido doctrinario	<b>IV</b> - 718
II. Sobre el estatus constitucional de la Ciudad Autónoma	<b>IV</b> - 719
III. Los límites a la autonomía en la ley de garantías del Estado federal y su interpretación por la Corte Suprema	IV - 722
IV. Definición estricta de las limitaciones a la autonomía de la ciudad	
V. Derivaciones del fallo "Mendoza". Competencia originaria	
Capítulo XLII	
Los establecimientos de utilidad nacional	
Por Pablo L. Manili	
Textos de jurisprudencia	
CSJN, 15/5/1928, "Frigorífico Armour de La Plata c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 155:104	<b>IV</b> - 727
CSJN, 9/8/1968, "Marconetti S.A. Ltda.", Fallos: 271:186	
CSJN, 28/2/1973, "Hidronor S.A. c. Provincia del Neuquén", Fallos: 302:1461	<b>IV</b> - 737
Comentario	
I. Introducción	<b>IV</b> - 760
II. Primer Período: legislación y jurisdicción nacionales exclusivas y excluyentes (1876-1949)	<b>IV</b> - 761
III. Segundo Período: Tesis de la no interferencia con la finalidad del esta- blecimiento (1949-1968)	<b>IV</b> - 763
IV. Tercer Período: Nuevamente legislación y jurisdicción nacionales exclusivas y excluyentes (1968-1975)	<b>IV</b> - 766
V. Cuarto Período: Vuelta a la tesis de la no interferencia con la finalidad del establecimiento (1975-1980)	
VI. Quinto Período: Tesis de la no interferencia y de los poderes provincia- les residuales (desde 1980)	
VII. Sexto Período: La reforma Constitucional de 1994	
VIII. A modo de conclusión	<b>IV</b> - 771
Índice general acumulativo	<b>IV</b> - 775
Índica da partes acumulativo	<b>IV</b> 915

### CAPÍTULO VII

### SUBSISTENCIA DEL GRAVAMEN

Por Estela B. Sacristán

"No puedo evitar lo que ya ha pasado". Francis Scott Fitzgerald, The Great Gatsby, cap. VII.

#### TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

# CSJN, 6/4/1993, "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", Fallos: 316:479.

Buenos Aires, abril 6 de 1993.

Considerando: 1. Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica, en el paciente Marcelo Bahamondez, de las transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico, conforme las conclusiones de los profesionales que las indiquen. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial del nombrado interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2. Que, según las constancias de autos, Marcelo Bahamondez fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva. En esas circunstancias se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello hubiera sido contrario a las creencias del culto "Testigos de Jehová" que el nombrado profesa.

3. Que la Cámara, al configurar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida" que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir.

Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sangrienta de un Moloch insaciable del fuego cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor de la vida...".

4. Que el apelante considera, en primer lugar, erróneo lo afirmado por el a quo en el sentido de que la decisión de Bahamondez resultaba equiparable a un "suicidio lentificado". Por el contrario, sostiene el recurrente, Bahamondez no quiere suicidarse sino que desea vivir, mas no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas. El paciente, agrega su defensor, es consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud —incluso poner en peligro su vida—, no obstante lo cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas.

Fundado en los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional, el recurrente considera que la transfusión de sangre, ordenada en contra de la voluntad de Bahamondez, representa un acto compulsivo que desconoce y avasalla las garantías constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva.

- 5. Que, si bien en principio los agravios reseñados son idóneos para habilitar la instancia extraordinaria pues el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, ley 48), resta determinar inicialmente si ellos poseen actualidad.
- 6. Que las coincidentes constancias de los informes obrantes a fs. 45 y 46, proporcionados a requerimiento del tribunal, permiten conocer que el cuadro clínico que motivó las presentes actuaciones no ha subsistido. Bahamondez no se encuentra internado, correspondiendo al 15 de junio de 1989 el último registro que da cuenta de su asistencia a la unidad hospitalaria, oportunidad en la que fue dado de alta en relación a la "hemorragia digestiva" que lo afectaba.
- 7. Que, en esas condiciones, resulta inoficioso a la fecha de este pronunciamiento decidir sobre la cuestión planteada en el remedio federal, ante la falta de un interés o agravio concreto y actual del apelante. Las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circuns-

tancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 301:947—La Ley, 1980-B, 704—; 306:1160; 310:819); y la doctrina del tribunal sobre los requisitos jurisdiccionales ha subrayado que la existencia de éstos es comprobable de oficio y que su desaparición importa la del poder de juzgar (Fallos: 307:188; 308:1489; 311:787).

8. Que no obsta a la aplicación de estos criterios la mera posibilidad —aun cuando ésta hava sido calificada como seria— de que, en el futuro, se pueda volver a repetir el mismo cuadro de urgencia médica que padeció Marcelo Bahamondez, con la necesidad de efectuarle transfusiones sanguíneas (v. informe de fs. 45 in fine), pues, no importando esa relativa apreciación un pronóstico cierto en torno a la exigencia de tal tratamiento, la situación del recurrente no difiere sustancialmente de la de otros miembros del culto "Testigos de Jehová" que pueden llegar a requerir, también en el futuro y con idéntico grado de eventualidad, una atención de esas características. Un temperamento contrario demandaría, además, presumir —nuevamente de un modo conjetural que, indefectiblemente, la actitud que el apelante asumiría entonces coincidiría con la que motivó estas actuaciones; presunción que —a esta altura— resulta igualmente inadmisible. De igual modo, ante la inexistencia de un agravio actual, no corresponde a esta Corte dictar un pronunciamiento que decida definitivamente —en función de una determinada situación de hecho— sobre la legitimidad de la oposición del paciente a recibir una transfusión sanguínea, pues aun para el caso de ser necesaria una intervención médica de igual naturaleza, no existe certeza alguna sobre la verificación de idénticas circunstancias fácticas que las consideradas, principalmente en lo que atañe a la declaración de voluntad del interesado, a la afectación de derechos de terceros o a la presencia de un interés público relevante, aspectos cuya apreciación es esencial para juzgar fundadamente la cuestión que dio lugar a estas actuaciones en la medida en que podrían sustentar soluciones opuestas.

9. Que, precisamente, tal situación impide en el caso la intervención del tribunal por vía del recurso extraordinario en razón de la invariable jurisprudencia que ha decidido su incompetencia para emitir declaraciones generales o pronunciamientos abstractos (Fallos: 266:313; 273:63; 289:238).

Por ello, se declara que actualmente es inoficioso una decisión en la causa.— Ricardo Levene (h.).— Mariano A. Cavagna Martínez (en disidencia).— Carlos S. Fayt (por su voto).— Augusto C. Belluscio (en disidencia).— Enrique S. Petracchi (en disidencia).— Rodolfo C. Barra (por su voto).— Julio S. Nazareo.— Eduardo Moliné O'Connor.— Antonio Boggiano (en disidencia).

#### Voto de los Dres. Barra y Fayt:

Considerando: 1 Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica, en el paciente Marcelo Bahamondez, de las transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico, conforme las conclusiones de los profesionales que las indiquen. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial del nombrado interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

- 2. Que, según las constancias de autos, Marcelo Bahamondez fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva. En esas circunstancias se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello hubiera sido contrario a las creencias del culto "Testigos de Jehová" que el nombrado profesa.
- 3. Que la Cámara, al configurar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, sino por la omisión propia del suicida" que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir.

Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sangrienta de un Moloch insaciable del fuego cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor de la vida...".

4. Que el apelante considera, en primer lugar, erróneo lo afirmado por el a quo en el sentido de que la decisión de Bahamondez resultaba equiparable a un "suicidio lentificado". Por el contrario, sostiene el recurrente, Bahamondez no guiere suicidarse sino que desea vivir, mas no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas. El paciente, agrega su defensor, es consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud —incluso poner en peligro su vida—, no obstante lo cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas.

Fundado en los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional, el recurrente considera que la transfusión de sangre, ordenada en contra de la voluntad de Bahamondez, representa un acto compulsivo que desconoce y avasalla las garantías constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva.

- 5. Que, si bien en principio los agravios reseñados son idóneos para habilitar la instancia extraordinaria pues el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, ley 48), resta determinar inicialmente si ellos poseen actualidad.
- 6. Que las coincidentes constancias de los informes obrantes a fs. 45 y 46, proporcionados a requerimiento del tribunal, permiten conocer que el cuadro

clínico que motivó las presentes actuaciones no ha subsistido.

Bahamondez no se encuentra internado, correspondiendo al 15 de junio de 1989 el último registro que da cuenta de su asistencia a la unidad hospitalaria, oportunidad en la que fue dado de alta en relación a la "hemorragia digestiva" que lo afectaba.

7. Que, en esas condiciones, resulta inoficioso a la fecha de este pronunciamiento decidir sobre la cuestión planteada en el remedio federal, ante la falta de un interés o agravio concreto y actual del apelante. Las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 301:947 -La Ley, 1980-A, 496-; 306:1160; 310:819); y la doctrina del tribunal sobre los requisitos jurisdiccionales ha subrayado que la existencia de éstos es comprobable de oficio y que su desaparición importa la del poder de juzgar (Fallos: 307:188; 308:1489; 311:787).

8. Que no obsta a la aplicación de estos criterios la mera posibilidad —aun cuando ésta haya sido calificada como seria— de que, en el futuro, se pueda volver a repetir el mismo cuadro de urgencia médica que padeció Marcelo Bahamondez, con la necesidad de efectuarle transfusiones sanguíneas (v. informe de fs. 45 in fine), pues, no importando esa relativa apreciación un pronóstico cierto en torno a la exigencia de tal tratamiento, la situación del recurrente no difiere sustancialmente de la de otros miembros del culto "Testigos de Jehová" que pueden llegar a requerir, también en el futuro y con idéntico grado de eventualidad, una atención de esas características. Un temperamento contrario demandaría, además, presumir —nuevamente de un modo conjetural— que, indefectiblemente, la actitud que el apelante asumiría entonces coincidiría con la que motivó estas actuaciones; presunción que —a esta altura— resulta iqualmente inadmisible.

9. Que, precisamente, tales circunstancias impiden la intervención del tri-

bunal por vía del recurso extraordinario en razón de la invariable jurisprudencia que ha decidido su incompetencia para emitir declaraciones generales o pronunciamientos abstractos (Fallos: 266:313; 273:63; 289:238).

10. Que, por otra parte, no se dan en la especie las circunstancias tenidas en cuenta por el tribunal en la causa "Ríos" (Fallos: 310:819) para hacer excepción al mencionado principio.

En efecto, en el citado precedente esta Corte entendió que las disposiciones atacadas de inconstitucionales por el recurrente no habían sido modificadas, por lo cual subsistían los obstáculos legales que le impedían postularse como candidato. Se mantenía, en consecuencia, el agravio que lo afectaba al momento de su escrito inicial, actualizándose su pretensión y tornándose procedente un pronunciamiento del tribunal sobre el punto de clara naturaleza federal.

En cambio, en la especie, y aun admitiéndose por vía de hipótesis la eventual reiteración de un supuesto de hecho análogo al que originó la presente causa, lo cierto es que el punto se encuentra claramente resuelto en la ley en sentido concordante con las pretensiones del recurrente, lo que torna improcedente cualquier pronunciamiento de este tribunal.

11. Que ello es así por cuanto el art. 19 de la ley 17.132 de "Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración" dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán -entre otras obligaciones— "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...", con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición legal aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones.

12. Que, en efecto, cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano v su naturaleza individual y social. El hombre es eje v centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En las vísperas del tercer milenio los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerquen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico. Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato —derechos reales, derechos de crédito y de familia—, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre.

13. Que el sistema constitucional, al consagrar los derechos, declaraciones y garantías, establece las bases generales que protegen la personalidad humana y a través de su norma de fines, tutela el bienestar general. De este modo, reserva al derecho privado la protección jurisdiccional del individuo frente al individuo, y le confía la solución de los conflictos que derivan de la globalidad de

las relaciones jurídicas. De ahí que, el eje central del sistema jurídico sea la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte.

En cuanto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, puede decirse que la jurisprudencia y la doctrina lo relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor, cuando el art. 19 de la Constitución Nacional dice que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacio-

En consecuencia, más allá de si Marcelo Bahamondez sea o no creyente de un determinado culto y de la circunstancia de tener incuestionable poder jurídico para rehusar ser transfundido sin su consentimiento, teniendo en cuenta que el caso se ha tornado abstracto, actualmente es inoficioso un pronunciamiento.

Por ello, se declara que actualmente es inoficioso una decisión en la causa. — Rodolfo C. Barra. — *Carlos S. Fayt*.

#### Disidencia de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano:

Considerando: 1. Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica, en el paciente Marcelo Bahamondez, de las transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico, según el criterio de los profesionales intervinientes. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2. Que, según las constancias de autos, Marcelo Bahamondez, mayor de edad, fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia a raíz de que se hallaba afectado por una hemorragia digestiva, con anemia y melena. Según el informe médico recabado por el juez de primera instancia, si bien no existía hemorragia al tiempo de dicho informe, de repetirse ella sin haberse transfundido sangre, había peligro cierto de muerte para el paciente.

Sin embargo, este último se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que eran contrarias a las creencias del culto "Testigos de Jehová" que él profesaba. Al entrevistar a Bahamondez, el juez de primera instancia lo encontró lúcido. En dicha oportunidad, aquél mantuvo su postura negativa respecto a la transfusión de sangre. También se encontró presente en el acto la madre del paciente, quien manifestó pertenecer al mismo culto y que no se oponía a la decisión de su hijo.

3. Que la cámara, al confirmar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida" que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir. Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sangrienta de un Moloch insaciable del fuego cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor de la vida...".

4. Que el apelante considera, en primer lugar, erróneo lo afirmado por el a quo en el sentido de que la decisión de Bahamondez resultaba equiparable a un "suicidio lentificado". Por el contrario, el recurrente sostiene, Bahamondez no guiere suicidarse sino que desea vivir, mas no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas. El defensor, afirma, además, que el paciente es consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud e incluso a su vida, no obstante lo cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas.

Fundado en los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional, el recurrente considera que la transfusión de sangre, ordenada en contra de la voluntad de Bahamondez, representa un acto compulsivo que desconoce y avasalla las garantías constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva.

5. Que los agravios reseñados son idóneos para habilitar la instancia extraordinaria, pues el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, ley 48). No empece a ello que los agravios aludidos carecen de actualidad, lo cual surge de las constancias de autos, conforme a las cuales Bahamondez ya ha sido dado de alta, sin que se le haya realizado la transfusión en cuestión.

6. Que, en efecto, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas.

Para remediar esta situación, que es frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. "Ríos", Fallos: 310:819 —consids. 6° y 7° del voto de la mayoría y de la disidencia y, especialmente el consid. 7° del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada—. Asimismo: "Carroll v. Princess Anne", 393 U.S. 175, ps. 178/179, y sus citas, entre otros).

- 7. Que corresponde determinar, en primer lugar, la naturaleza y alcances en el marco de la Constitución Nacional del derecho principalmente involucrado en esta controversia, esto es, el derecho a la libertad religiosa.
- 8. Que esta Corta ha reconocido raigambre constitucional al derecho a la libertad religiosa y, más ampliamente, a la libertad de conciencia. Así, en Fallos: 214:139 se sostuvo que la libertad de conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales. Por otra parte, al interpretar el art. 14 de la Constitución Nacional, el tribunal enfatizó que dicha norma asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho a profesar y practicar libremente su culto (Fallos: 265:336). Asimismo, en Fallos: 312:496 se recalcó que la linidad la ha alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones. Más recientemente, en la causa E.64.XXIII. "Ekmekdjian, Miquel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros" (sent. del 7 de julio de 1992 —La Ley, 1992-C, 543—), se afirmó que las defensa de los sentimientos religiosos forma

parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución (consid. 27).

- g. Que la libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud del cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia ni impedido de actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos.
- 10. Que dicho derecho significa, en su faz negativa, la existencia de una esfera de inmunidad de coacción, tanto por parte de las personas particulares y los grupos, como de la autoridad pública. Ello excluye de un modo absoluto toda intromisión estatal de la que pueda resultar la elección forzada de una determinada creencia religiosa, coartando así la libre adhesión a los principios que en conciencia se consideran correctos o verdaderos.

En su faz positiva, constituye un ámbito de autonomía jurídica que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación no ofenda, de modo apreciable, el bien común. Dicha autonomía se extiende a las agrupaciones religiosas, para las cuales importa también el derecho a regirse por sus propias normas y a no sufrir restricciones en la elección de sus autoridades ni prohibiciones en la profesión pública de su fe.

- 11. Que el fundamento de la libertad religiosa reside en la naturaleza misma de la persona humana, cuya dignidad la lleva a adherir a la verdad. Mas esta adhesión no puede cumplirse de forma adecuada a dicha naturaleza si no es fruto de una decisión libre y responsable, con exclusión de toda coacción externa. En razón de ello, este derecho permanece en aquellos que no cumplen la obligación moral de buscar la verdad y ordenar su vida según sus exigencias (confr. "Catecismo de la Iglesia Católica, edición francesa, 2106).
- 12. Que por las razones expuestas la libertad religiosa incluye la posibilidad

de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Ello es congruente con la pacífica doctrina según la cual la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público (Fallos: 304:1524). Además, tal como se estableció en Fallos; 312:496 al reconocerse por vez primera rango constitucional a la objeción de conciencia, quien la invoca debe acreditar la sinceridad y seriedad de sus creencias, verbigracia, la pertenencia al culto que se dice profesar.

13. Que a la luz de aquella doctrina ha de ser considerada la situación del pupilo del recurrente, un mayor de edad, perteneciente al grupo religioso conocido como "Testigos de Jehová", que se niega a recibir transfusiones de sangre por considerarlas pecaminosas, a sabiendas del grave riesgo que ello importa para su vida.

14. Que si bien la doctrina reseñada parece dar razón a las pretensiones de Bahamondez, es necesario cotejar su caso con el principio fundamental según el cual nadie puede legalmente consentir que se le inflija un serio daño corporal. Con apoyo en él, el Estado se halla investido de título suficiente para tutelar la integridad física y la vida de las personas en supuestos como el consumo individual de estupefacientes (causa M.114.XXIII. "Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. infracción ley 20.771", del 11 de diciembre de 1990), o la práctica de la eutanasia o de operaciones mutilantes carentes de una finalidad terapéutica. En estos supuestos, no existe óbice constitucional para el castigo tanto del afectado, como de los profesionales intervinientes, pues constituyen manifestaciones de una cultura de la muerte que, al lesionar la naturaleza y la dignidad de la persona, no son susceptibles de tutela ni tolerancia jurídicas. Ello es así aun cuando la eutanasia, es decir,

la acción positiva u omisión de medios proporcionados objetivamente destinada a provocar o acelerar la propia muerte, pudiera fundarse en convicciones religiosas. En ese caso, el derecho a la libertad religiosa, que al igual que los demás derechos, no es ilimitado ("Catecismo" citado, N° 2109), sufriría una razonable restricción en consideración de las valoraciones expuestas.

15. Que, en cambio, dicho principio no halla aplicación cuando, como ocurre en el caso, el daño serio que eventualmente pueda resultar es consecuencia de la objeción a una transfusión de sangre, fundada en convicciones íntimas de carácter religioso. Existe, entonces, una importante diferencia entre el contenido de la acción desplegada por el promotor o el cómplice de la eutanasia y el de la conducta del objetor de conciencia. Este no busca el suicidio, tal como insistentemente se expresa en el recurso extraordinario, sin que se observen razones para dudar de la sinceridad de esta alegación. Tan solo pretende mantener incólumes las ideas religiosas que profesa. Por ello, la dignidad humana prevalece aquí frente al perjuicio que posiblemente cause la referida ausencia de transfusión sanquínea.

16. Que de todo lo afirmado resulta el diverso tratamiento con que el ordenamiento jurídico debe enfocar la responsabilidad de los profesionales y demás personas intervinientes en uno y otro supuesto. En los casos de eutanasia u otra práctica asimilable a ella, son autores o cómplices de un hecho ilícito. En cambio, cuando hay objeción de conciencia a un tratamiento médico, nada cabe reprochar a quienes respetan la decisión libre de la persona involucrada.

- 17. Que no hallándose en este caso afectados los derechos de otra persona de Bahamondez, mal puede obligarse a éste a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa.
- 18. Que la convivencia pacífica y tolerante también impone el respeto de los valores religiosos del objetor de conciencia, en las condiciones enunciadas, aunque la sociedad no los asuma

mayoritariamente. De lo contrario, bajo el pretexto de la tutela de un orden público erróneamente concebido, podría violentarse la conciencia de ciertas personas que sufrirían una arbitraria discriminación por parte de la mayoría, con perjuicio para el saludable pluralismo de un estado democrático.

19. Que resulta irrelevante la ausencia de una norma expresa aplicable al caso que prevea el derecho a la objeción de conciencia a transfusiones sanguíneas, pues él está implícito en el concepto mismo de persona, sobre el cual se asienta todo el ordenamiento jurídico. Además, como se sostuvo en el consid. 15 de Fallos: 312:496, recordando con cita de Joaquín V. González la doctrina del caso "Kot" (Fallos: 241:291), los derechos individuales —especialmente aquellos que sólo exigen una abstención de los poderes públicos y no la realización de conductas positivas por parte de aquéllos— deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren incorporados o no a la legislación. Ello permite afirmar la tutela constitucional de la objeción de conciencia con apoyo en los arts. 14 y 33 de la Constitución.

20. Que, por otra parte, la ley 17.132, de aplicación en la Capital Federal y Territorios Nacionales, establece, en su art. 19, que los profesionales que ejerzan la medicina deberán respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. De tal modo, por medio de una disposición genérica, se comprenderían conflictos como, el de autos, asignándoles una solución congruente con los principios constitucionales reseñados.

21. Que la misma solución ha arribado el derecho comparado en algunos países. En los Estados Unidos, Black sostuvo que "es un principio general, basado en la regla de la libertad religiosa, que las objeciones de conciencia de las personas no pueden ser violadas por las leyes, salvo los casos en los que las exigencias del gobierno o del Estado lo vuelvan inevitable" (Handbook of Ame-

rican Constitutional Law, p. 534, citado en Fallos: 312:496). Tal conclusión es coincidente con aquellos precedentes estadounidenses, dictados en casos sustancialmente idénticos al presente, que negaron la existencia de un interés público relevante que justificara la restricción estatal de la libertad del individuo (confr. las referencias efectuadas en la obra de Feinberg y Gross, compiladores, Philosophy of law, ps. 256/257). En Alemania, el Tribunal Supremo sostuvo esta misma doctrina en una sentencia dictada el 28 de noviembre 1957 (BGHst 11, 111, transcripta en la obra de Albin Eser, Strafrecht, Tomó allí que aun un enfermo en peligro de muerte puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella le sea posible liberarse de su dolencia.

Por ello se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada (art. 16, parte 2ª, ley 48). — Mariano A. Cavagna Martínez. — Antonio Boggiano.

#### Disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi:

Considerando: 1. Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica, en el paciente Marcelo Bahamondez, de las transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico, conforme las conclusiones de los profesionales que las indiquen. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2. Que, según las constancias de autos, Marcelo Bahamondez, mayor de edad, fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Usuhaia a raíz de que se hallaba afectado por una hemorragia digestiva, con anemia y melena. Según el informe médico recabado por el juez de primera instancia, si bien no existía hemorragia al tiempo de dicho informe, de repetirse ella sin haberse

transfundido sangre, había peligro cierto de muerte para el paciente.

Sin embargo, este último se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que eran contrarias a las creencias del culto "Testigos de Jehová" que él profesaba. Al entrevistar a Bahamondez, el juez de primera instancia lo encontró lúcido. En dicha oportunidad, aquél mantuvo su postura negativa respecto a la transfusión de sangre. También se encontró presente en el acto la madre del paciente, quien manifestó pertenecer al mismo culto y que no se oponía a la decisión de su hijo.

3. Que la cámara, al confirmar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida" que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir.

Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sangrienta de un Moloch insaciable del fuego cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor de la vida...".

4. Que el apelante considera, en primer lugar, erróneo lo afirmado por el a quo en el sentido de que la decisión de Bahamondez resultaba equiparable a un "suicidio lentificado". Por el contrario, sostiene el recurrente, Bahamondez no quiere suicidarse sino que desea vivir, mas no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas. El paciente, agrega su defensor, es consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud —incluso poner en peligro su vida—, no obstante lo

cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas.

Fundado en los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional, el recurrente considera que la transfusión de sangre, ordenada en contra de la voluntad de Bahamondez, representa un acto compulsivo que desconoce y avasalla las garantías constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva.

5. Que los agravios reseñados son idóneos para habilitar la instancia extraordinaria, pues el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, ley 48), no empece a ello que los agravios aludidos carecen de actualidad con base en que, conforme surge de las constancias de fs. 45/46, Bahamondez ya ha sido dado de alta de la clínica en la que se encontraba internado, sin que se le haya realizado la transfusión.

6. Que, en efecto, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas.

Para remediar esta situación, que es frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. "Ríos", Fallos: 310:819 —consids. 6° y 7° del voto de la mayoría y de la disidencia y, especialmente el consid. 7º del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada—. Asimismo: Carroll v. Princess Anne, 393 U.S. 175, ps. 178/179, y sus citas, entre otros).

En consecuencia, corresponde resolver que esta Corte Suprema se encuentra facultada para habilitar en el sub lite la instancia extraordinaria y examinar los agravios traídos por el recurrente.

7. Que, tal como lo señala correctamente el apelante, él no ha invocado en favor de su pupilo un supuesto derecho a la muerte o derecho al suicidio.

Por el contrario, lo que se ha alegado a lo largo de todo el proceso por parte del paciente es la violación de su autonomía individual, que encuentra expreso reconocimiento en los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional.

8. Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así, en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios" (Fallos: 306:1892) el tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado art. 19: "... protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resquardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la

persecución del crimen ..." (voto de la mayoría, consid. 8°).

9. Que tal principio resulta de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidas, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Luego, la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional. En tal sentido. resulta pertinente recordar el fallo del Tribunal Supremo de la República Federal Alemana que, fundado en el art. 2°, inc. 2°, de la Ley Fundamental de ese país que reconoce el derecho a la vida y a la integridad corporal, resolvió que era antijurídica una operación quirúrgica sin consentimiento del paciente por los siguientes argumentos: "...Nadie puede asumir el papel de juez para decidir bajo cuáles circunstancias otra persona estaría razonablemente dispuesta a renunciar a su inviolabilidad corporal con el objeto de curarse. Este principio también es vinculante para el médico. Por cierto que el derecho más trascendente de éste, y su obligación más esencial, es la de curar a los individuos enfermos dentro de sus posibilidades. Sin embargo, este derecho y esta obligación encuentran sus límites en el derecho del individuo a determinar, en principio por sí mismo, acerca de su cuerpo. Constituiría una intromisión antijurídica en la libertad y la dignidad de la persona humana si un médico —aun cuando estuviese fundado en razones justificadas desde el punto de vista médico— realizase, por sí, una operación de consecuencias serias en un enfermo sin su autorización. en el caso que previamente hubiese sido posible conocer en forma oportuna la opinión de aquél. Pues, aun un enfermo en peligro de muerte, puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella sea posible liberarse de su dolencia". (BGHst 11, 111, sent. del 28 de noviembre de 1957, transcripta en la obra de Albin Eser, Strafrecht, t. III, ps. 87/96, 2ª ed., parte especial, Munich, 1981).

10. Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés

11. Que, en este sentido, tal conclusión es coincidente con aquellos precedentes estadounidenses, dictados en casos sustancialmente análogos al presente, que negaron, ante la comprobación de que la decisión del paciente había sido emitida con pleno discernimiento y, además, no afectaba directamente derechos de terceros, la existencia de un interés público relevante que justificara la restricción estatal en la libertad del individuo (confr. la sentencia dictada en 1972 por la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia en el caso In the Matter of Osborne, transcripta en la obra de Feinberg y Gross, compiladores, Philosphy of law, 3ª ed., 1986, ps. 256/257; asimismo, la jurisprudencia reseñada en American Jurisprudencia, segunda edición, New Topic Service, 1979, voz "Right to die; Wrongfull Life", especialmente ps. 12/13).

Otros pronunciamientos judiciales también han señalado que el "derecho a ser dejado a solas", que ha servido de fundamento para negarse a recibir los tratamientos médicos en cuestión y que encuentra su exacta equivalencia en el derecho tutelado por el art. 19 de nuestra Constitución (confr. voto concurrente del juez Petracchi en la causa "Ponzetti de Balbín" cit., consid. 19, p. 1942 y su cita de la jurisprudencia estadounidense) no puede ser restringido por la sola circunstancia de que la decisión del paciente pueda parecer irrazonable o absurda a la opinión dominante de la

sociedad (confr. voto del juez Burguer, de la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia, en el caso Application of Georgetown College, 1964, transcripta en la obra Comparative Constitutional Law, Cases and Commentaries, de Walter F. Murphy y Joseph Tanenhaus, Nueva York, ps. 464/466).

12. Que, por el contrario, en otros casos, los tribunales estadounidenses no han tenido en cuenta la decisión del paciente de rechazar una terapia restrictiva de su libertad personal, cuando la muerte posible de aquél podía poner en peligro la vida o la integridad física de sus hijos pequeños (ver, para una reseña de esta jurisprudencia, American Jurisprudence, op. y loc. citada).

13. Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros.

Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior.

Tal punto de vista desconoce, precisamente, que la base de tal norma "...es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan..." (caso "Ponzetti de Balbín", cit., voto concurrente del juez Petracchi, consid. 19, p. 1941).

14. Que, en consecuencia, al no existir constancias en autos que indiquen que la negativa de Marcelo Bahamondez de recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas, encuadra en algunas de las circunstancias excepcio-

nales mencionadas en el considerando anterior, cabe concluir —conforme a los principios desarrollados precedentemente— que no existió en el caso ningún interés público relevante que justificara la restricción en la libertad personal del nombrado. Ello hace que la decisión

del a quo sea contraria a los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se revoca el pronunciamiento apelado (art. 16, parte 2ª, ley 48). — Auqusto C. Belluscio. — Enrique S. Petracchi.

# CSJN, 27/12/2006, "Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional - Dec. 1570/01 y otro s/amparo - ley 16.986", Fallos: 329:5913.

Buenos Aires, diciembre 27 de 2006. Considerando: 1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la anterior instancia —que había hecho lugar a la acción de amparo— en lo relativo a la declaración de invalidez del decreto 214/02 y sus normas complementarias y modificatorias, y respecto del reconocimiento del derecho de la parte actora sobre los fondos que tenía depositados en el Bank Boston en dólares estadounidenses. Al respecto, el tribunal de alzada ordenó a tal entidad bancaria que entregase a la actora la suma de cien mil dólares —o su equivalente en pesos para adquirir esa cantidad en el mercado libre de cambios— y la emplazó para que dentro de los treinta días de notificada esa sentencia presentara en autos un cronograma de pagos del monto que excediere aquel importe, el que no podría extenderse más allá del mes de septiembre de 2005 "previsto para la devolución de los depósitos en la originaria resolución (M.E.) 6/02" (fs. 155 vta.), imputando como pago a cuenta lo percibido en razón de la medida cautelar dictada en autos.

2°) Que para decidir en el sentido indicado, el a quo citó precedentes de esa Sala en los que juzgó, en síntesis, que la normativa de emergencia referente a los depósitos bancarios —en particular el art. 2° del decreto 214/02 y sus normas complementarias y modificatorias—, al disponer la conversión a pesos de los depósitos constituidos en moneda extranjera a una paridad sensiblemente inferior a la del mercado libre de cambios,

provocó una mutación injustificada en la sustancia o esencia del derecho de los ahorristas, lo cual produjo una profunda y también injustificada lesión a su derecho de propiedad.

- 3°) Que contra tal sentencia, la entidad depositaria (Bank Boston NA) dedujo recurso extraordinario que fue concedido por el a quo en cuanto se encuentra en discusión la constitucionalidad del decreto 214/02 y sus normas complementarias y modificatorias, y denegado en lo referente a la tacha de arbitrariedad (confr. auto de fs. 182/183).
- 4°) Que el actor promovió este amparo en razón de ser titular de una caja de ahorros en dólares, abierta en el Bank Boston NA, cuyo saldo al 31 de diciembre de 2001 era de U\$S 184.475,75 (confr. fs. 2/5, 7 y 31), que resultó afectada por las normas de emergencia dictadas en aquel momento (ley 25.561, decretos 1570/01, 71/02, 141/02 y 214/02, entre otras), a las cuales aquél tacha de inconstitucionales.
- 5°) Que a raíz de la medida cautelar dictada en autos (fs. 42/43), el actor obtuvo la entrega de U\$S 44.803 (fs. 49). Posteriormente, al haber obtenido sentencias favorables en primera y en segunda instancia, el accionante solicitó su ejecución en los términos del art. 258 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo cual fue admitido por la cámara en el mismo auto por el cual concedió el recurso extraordinario, en la medida en que su decisión fue confirmatoria de lo resuelto en la anterior instancia. A fs. 188 consta la formación del incidente respectivo.

6°) Que a partir de los últimos meses del año 2001 se produjo en la República Argentina una gravísima crisis —de alcances nunca antes vistos en la historia de nuestro país— que no sólo afectó a las relaciones económico-financieras sino que trascendió a todos los ámbitos sociales e institucionales. Por ser conocida, y por haber sido padecida de una u otra manera por todos los argentinos, resulta innecesario extenderse en la descripción de esa crisis.

7°) Que en el contexto de la aludida situación de emergencia el Estado Nacional dictó medidas por las cuales se restringió la disponibilidad de los depósitos bancarios y se estableció la conversión a pesos de los efectuados en moneda extranjera (confr., entre otros, decretos 1570/01; ley 25.561 y decreto 214/02). Ello dio lugar a la promoción de una cantidad extraordinaria de acciones de amparo por parte de quienes se sintieron afectados por tales medidas, lo cual generó una situación sin precedentes en los tribunales federales de todo el país. Muchas de esas causas se encuentran actualmente radicadas en la Corte

8°) Que en tales condiciones, corresponde que este Tribunal, como cabeza del Poder Judicial de la Nación y habida cuenta del nítido carácter federal de las cuestiones planteadas en las aludidas causas —que habilita su intervención en los términos del art. 14 de la ley 48— decida de modo definitivo las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias.

9°) Que ello implica, por cierto, el ejercicio de la más alta función institucional asignada a esta Corte, en atención a la naturaleza de la materia debatida —la constitucionalidad de las normas dictadas para superar la situación de emergencia antes aludida— y el interés de amplios sectores de la sociedad en la decisión de estas causas.

10) Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas.

11) Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

12) Que a lo expresado debe añadir-se la insoslayable consideración de las circunstancias actualmente existentes, que deben ser ponderadas en virtud de la invariable jurisprudencia de esta Corte según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir (Fallos: 311:870; 314:568; 315:2684; 318:342, entre muchos otros).

13) Que, como es sabido, los depósitos existentes en el sistema financiero a fines del año 2001 fueron sometidos inicialmente a restricciones a su disponibilidad que se tradujeron poco tiempo después —en lo que respecta a imposiciones como la que dio origen a estos autos— en un régimen de reprogramación. Además, los constituidos en moneda extranjera, fueron convertidos a pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense y ajustados por el coeficiente de estabilización de referencia (CER) sin perjuicio del reconocimiento de intereses (confr. arts. 2 y 4 del decreto 214/02).

14) Que al haber vencido los plazos de reprogramación, ha cesado la indisponibilidad que pesó sobre tales depósitos, sin perjuicio de la que pudiere resultar de su afectación a causas judiciales en trámite. El problema se circunscribe, por lo tanto, al quantum que la entidad bancaria receptora de la imposición debe abo-

nar al depositante. En lo referente a tal cuestión corresponde, en primer lugar, establecer, con arreglo a la normativa de emergencia —y según los alcances que a ella corresponde otorgar conforme el juicio de esta Corte en el contexto de la situación suscitada— sobre qué bases debe determinarse la obligación de las entidades bancarias emergente de los respectivos contratos de depósito para verificar si su resultado, en las actuales circunstancias, conduce a un menoscabo del derecho constitucional de propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) aducido por los demandantes.

15) Que al respecto cabe destacar en primer lugar que si bien la aplicación del CER estuvo prevista para el lapso de la reprogramación de los depósitos, su vigencia debe extenderse para los casos en que sus titulares hubiesen iniciado acciones judiciales y éstas se encuentren pendientes de resolución. En efecto, más allá del sustento que esta conclusión puede encontrar en lo dispuesto en el punto 6.5 de la Comunicación A 3828 del Banco Central, ella es la que mejor se adecua al propósito enunciado en el art. 6°, párrafo cuarto, de la ley 25.561 y sus modificatorias en cuanto a la preservación del capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/01.

16) Que el art. 4 del decreto 214/02 establece que, además de la aplicación del coeficiente al que se hizo referencia, "se aplicará una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos". En el caso de los depósitos —que es el que tiene relevancia en causas como la presente— el Banco Central fijó esa tasa en el 2% nominal anual, dejando a salvo la mayor que pudiese pactarse (confr. punto 2.2 de la Comunicación A 3828, apartados i y iv), puesto que el mencionado artículo del decreto 214 no impide que se acuerde una superior. De tal manera, y al encontrarse las partes en litigio, el Tribunal se encuentra facultado para establecer la tasa de interés que estime más adecuada.

17) Que en función de lo expuesto, teniendo en cuenta las condiciones baio las cuales fue dispuesta la conversión a pesos de los depósitos en dólares, la notoria recuperación y el fortalecimiento del sistema financiero respecto de su situación —cercana al colapso— existente en la época en que se dictaron las medidas en examen, y la evolución de las variables económicas, resulta adecuado fijar una tasa de interés del 4% anual, no capitalizable. La tasa de interés fijada por la autoridad regulatoria y ampliada judicialmente mediante esta decisión, contempla la totalidad de los intereses devengados con finalidad compensatoria, aun aquellos de fuente convencional, y por lo tanto debe ser íntegramente soportada por el banco deudor.

18) Que el mencionado interés del 4% debe aplicarse desde el momento en que comenzaron a regir las normas que dispusieron restricciones a la disponibilidad de los depósitos bancarios o desde la fecha de vencimiento del contrato en el caso de que esta última haya sido posterior a la entrada en vigencia de tales normas o a partir del 28 de febrero de 2002, en el supuesto de que el vencimiento de aquél hubiese operado con posterioridad a esa fecha (conf. punto 1.3 de la Comunicación A 3828 del Banco Central), en la inteligencia de que no podrá superponerse en un mismo lapso el interés aguí establecido con el contractualmente pactado, y hasta la fecha de su efectivo pago.

19) Que, en síntesis, de lo expresado en los considerandos anteriores resulta que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito —incluyendo los intereses pactados con la limitación temporal señalada— convertido a pesos, a la ya indicada relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual.

20) Que con esta comprensión, y en virtud del resultado que se obtiene según lo expuesto en el considerando que antecede, cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, no

ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora.

21) Que en el presente caso cabe examinar la compatibilidad de la protección del patrimonio del ahorrista, afirmada en considerandos anteriores, con la regulación general del régimen monetario y la fijación del valor de la moneda. Sobre este aspecto ha habido precedentes constantes acerca de su constitucionalidad fundados en el principio de la "soberanía monetaria" (Fallos: 52:413, 431 y 149:187, 195). El Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (arts. 75, inc. 11, y 76 de la Constitución Nacional). Siguiendo esta centenaria jurisprudencia, el bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación es constitucional, coincidiendo, en este aspecto, con lo ya resuelto por esta Corte (confr. causa "Bustos", Fallos: 327: 4495 -LA LEY, 2004-F, 713—), sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia.

Una interpretación contraria a esta regla fundamental del funcionamiento económico, efectuada años después de establecida, traería secuelas institucionales gravísimas, lo cual sería contrario al canon interpretativo que obliga a ponderar las consecuencias que derivan de las decisiones judiciales (Fallos: 312:156).

De acuerdo con esta centenaria jurisprudencia y en las circunstancias actuales resulta evidente que no se ocasiona lesión al derecho de propiedad.

22) Que no obsta a lo precedentemente señalado la circunstancia de que la actora haya obtenido a lo largo de este pleito la entrega de sumas de dinero provenientes del depósito sobre el que versan estas actuaciones, ya que tales percepciones deben ser tomadas como pagos a cuenta e imputadas como tales.

23) Que dado el tiempo transcurrido desde que se iniciaron los presentes autos, y la trascendencia institucional de las cuestiones planteadas, el Tribunal estima que corresponde hacer uso de la facultad que le confiere el art. 16, segunda parte, de la ley 48 y decidir, en consecuencia sobre el fondo de la causa (confr. Fallos: 189:292; 212:64; 214:650; 220:1107; 223:172; 240:356; 311:762 y 1003, entre otros).

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada; sin perjuicio de lo cual, en virtud de los fundamentos de la presente, se declara el derecho de la actora a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual —no capitalizable— debiendo computarse como pagos a cuenta las sumas que con relación a dicho depósito— hubiese abonado la aludida entidad a lo largo de este pleito, así como las que hubiera entregado en cumplimiento de medidas cautelares. El reconocimiento de tal derecho lo es, en su caso, con el límite pecuniario que resulta de lo decidido por la cámara, en tanto su sentencia no ha sido apelada por la actora. Las costas de esta instancia se distribuyen en el orden causado en atención a los fundamentos de la presente (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En lo atinente a las irrogadas en las anteriores instancias, en virtud de la excepcional situación suscitada en esta clase de causas, se mantiene lo dispuesto sobre el punto por el tribunal a quo.— Elena I. Highton de Nolasco.— Carlos S. Fayt (según su voto).— E. Raúl Zaffaroni.— Ricardo L. Lorenzetti (con ampliación de fundamentos).— Carmen M. Argibay (según su voto).

#### Voto del Dr. Fayt:

Considerando: 1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la anterior instancia —que había hecho lugar a la acción de amparo— en lo relativo a la declaración de invalidez del decreto

214/02 y sus normas complementarias y modificatorias, y respecto del reconocimiento del derecho de la parte actora sobre los fondos que tenía depositados en el Bank Boston en dólares estadounidenses. Al respecto, el tribunal de alzada ordenó a tal entidad bancaria que entregase a la actora la suma de cien mil dólares —o su equivalente en pesos para adquirir esa cantidad en el mercado libre de cambios— y la emplazó para que dentro de los treinta días de notificada esa sentencia presentara en autos un cronograma de pagos del monto que excediere aquel importe, el que no podría extenderse más allá del mes de septiembre de 2005 "previsto para la devolución de los depósitos en la originaria resolución (M.E.) 6/02" (fs. 155 vta.), imputando como pago a cuenta lo percibido en razón de la medida cautelar dictada en autos.

2°) Que para decidir en el sentido indicado, el a quo citó precedentes de esa Sala en los que juzgó, en síntesis, que la normativa de emergencia referente a los depósitos bancarios -en particular el art. 2° del decreto 214/02 y sus normas complementarias y modificatorias—, al disponer la conversión a pesos de los depósitos constituidos en moneda extranjera a una paridad sensiblemente inferior a la del mercado libre de cambios, provocó una mutación injustificada en la sustancia o esencia del derecho de los ahorristas, lo cual produjo una profunda y también injustificada lesión a su derecho de propiedad.

3°) Que contra tal sentencia, la entidad depositaria (Bank Boston NA) dedujo recurso extraordinario que fue concedido por el a quo en cuanto se encuentra en discusión la constitucionalidad del decreto 214/02 y sus normas complementarias y modificatorias, y denegado en lo referente a la tacha de arbitrariedad (confr. auto de fs. 182/183).

4°) Que el actor promovió este amparo en razón de ser titular de una caja de ahorros en dólares, abierta en el Bank Boston NA, cuyo saldo al 31 de diciembre de 2001 era de U\$S 184.475,75 (confr. fs. 2/5, 7 y 31), que resultó afectada

por las normas de emergencia dictadas en aquel momento (ley 25.561, decretos 1570/01, 71/02, 141/02 y 214/02, entre otras), a las cuales aquél tacha de inconstitucionales.

5°) Que a raíz de la medida cautelar dictada en autos (fs. 42/43), el actor obtuvo la entrega de U\$S 44.803 (fs. 49). Posteriormente, al haber obtenido sentencias favorables en primera y en segunda instancia, el accionante solicitó su ejecución en los términos del art. 258 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo cual fue admitido por la cámara en el mismo auto por el cual concedió el recurso extraordinario, en la medida en que su decisión fue confirmatoria de lo resuelto en la anterior instancia. A fs. 188 consta la formación del incidente respectivo.

6°) Que a partir de los últimos meses del año 2001 se produjo en la República Argentina una gravísima crisis —de alcances nunca antes vistos en la historia de nuestro país— que no sólo afectó a las relaciones económico-financieras sino que trascendió a todos los ámbitos sociales e institucionales. Por ser conocida, y por haber sido padecida de una u otra manera por todos los argentinos, resulta innecesario extenderse en la descripción de esa crisis.

7°) Que en el contexto de la aludida situación de emergencia el Estado Nacional dictó medidas por las cuales se restringió la disponibilidad de los depósitos bancarios y se estableció la conversión a pesos de los efectuados en moneda extranjera (confr., entre otros, decretos 1570/01; ley 25.561 y decreto 214/02). Ello dio lugar a la promoción de una cantidad extraordinaria de acciones de amparo por parte de guienes se sintieron afectados por tales medidas, lo cual generó una situación sin precedentes en los tribunales federales de todo el país. Muchas de esas causas se encuentran actualmente radicadas en la Corte.

8°) Que en tales condiciones, corresponde que este Tribunal, como cabeza del Poder Judicial de la Nación y habida cuenta del nítido carácter federal de las cuestiones planteadas en las aludidas causas —que habilita su intervención en los términos del art. 14 de la ley 48— decida de modo definitivo las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias.

9°) Que ello implica, por cierto, el ejercicio de la más alta función institucional asignada a esta Corte, habida cuenta de la naturaleza de la materia debatida—la constitucionalidad de las normas dictadas para superar la situación de emergencia antes aludida— y el interés de amplios sectores de la sociedad en la decisión de estas causas.

10) Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas.

11) Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en la interpretación de la normativa de emergencia y a la ponderación de los resultados a los que ella conduce, por sobre aquéllos respecto de los cuales las opiniones puedan diferir.

12) Que a lo expresado debe añadirse la insoslayable consideración de las circunstancias actualmente existentes, que deben ser ponderadas en virtud de la invariable jurisprudencia de esta Corte según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir (Fallos: 311:870; 314:568; 315:2684; 318:342, entre muchos otros).

13) Que, como es sabido, los depósitos existentes en el sistema financiero a fines del año 2001 fueron sometidos inicialmente a restricciones a su disponibilidad que se tradujeron poco tiempo después —en lo que respecta a imposiciones como la que dio origen a estos autos— en un régimen de reprogramación. Además, los constituidos en moneda extranjera, fueron convertidos a pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense y ajustados por el coeficiente de estabilización de referencia (CER) sin perjuicio del reconocimiento de intereses (confr. arts. 2 y 4 del decreto 214/02).

14) Que al haber vencido los plazos de reprogramación, ha cesado la indisponibilidad que pesó sobre tales depósitos, sin perjuicio de la que pudiere resultar de su afectación a causas judiciales en trámite. El problema se circunscribe, por lo tanto, al quantum que la entidad bancaria receptora de la imposición debe abonar al depositante. En lo referente a tal cuestión corresponde, en primer lugar, establecer, con arreglo a la normativa de emergencia —y según los alcances que a ella corresponde otorgar conforme el juicio de esta Corte en el contexto de la situación suscitada— sobre qué bases debe determinarse la obligación de las entidades bancarias emergente de los respectivos contratos de depósito para verificar si su resultado, en las actuales circunstancias, conduce a un menoscabo del derecho constitucional de propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) aducido por los demandantes.

15) Que al respecto cabe destacar en primer lugar que si bien la aplicación del CER estuvo prevista para el lapso de la reprogramación de los depósitos, su vigencia debe extenderse para los casos en que sus titulares hubiesen iniciado acciones judiciales y éstas se encuentren pendientes de resolución. En efecto, más allá del sustento que esta conclusión puede encontrar en lo dispuesto en el punto 6.5 de la Comunicación A 3828 del Banco Central, ella es la que mejor se adecua al propósito enunciado en el art. 6°, párrafo cuarto, de la ley 25.561 y sus modif. en cuanto a la preservación del capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/01.

16) Que el art. 4 del decreto 214/02 establece que, además de la aplicación del coeficiente al que se hizo referencia, "se aplicará una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos". En el caso de los depósitos —que es el que tiene relevancia en causas como la presente— el Banco Central fijó esa tasa en el 2% nominal anual, dejando a salvo la mayor que pudiese pactarse (confr. punto 2.2 de la Comunicación A 3828, apartados i y iv), puesto que el mencionado artículo del decreto 214 no impide que se acuerde una superior.

De tal manera, y al encontrarse las partes en litigio, el Tribunal se encuentra facultado para establecer la que estime más adecuada.

17) Que en función de lo expuesto, teniendo en cuenta las condiciones bajo las cuales fue dispuesta la conversión a pesos de los depósitos en dólares, la notoria recuperación y el fortalecimiento del sistema financiero respecto de su situación —cercana al colapso— existente en la época en que se dictaron las medidas en examen, y la evolución de las variables económicas, resulta adecuado fijar una tasa de interés del 4% anual, no capitalizable. Dicho interés, dado su carácter eminentemente compensatorio del tiempo transcurrido, y al tener como causa el contrato de depósito, debe ser íntegramente soportado por el banco deudor.

18) Que el mencionado interés del 4% debe aplicarse desde el momento en que comenzaron a regir las normas que dispusieron restricciones a la disponibilidad de los depósitos bancarios o desde la fecha de vencimiento del contrato en el caso de que esta última haya sido posterior a la entrada en vigencia de tales normas o a partir del 28 de febrero de 2002, en el supuesto de que el vencimiento de aquél hubiese operado con posterioridad a esa fecha (conf. punto 1.3 de la Comunicación A 3828 del Banco Central), en la inteligencia de que no podrá superponerse en un mismo lapso el interés aquí establecido con el contractualmente pactado, y hasta la fecha de su efectivo pago.

19) Que, en síntesis, de lo expresado en los considerandos anteriores resulta que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito —incluyendo los intereses pactados con la limitación temporal señalada— convertido a pesos, a la ya indicada relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual.

20) Que con esta comprensión, y en virtud del resultado que se obtiene según lo expuesto en el considerando que antecede, cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, no ocasiona actualmente lesión al derecho de propiedad de la actora, en tanto ha sido preservada la sustancia del valor adquisitivo de su derecho creditorio, más allá de la moneda en que éste ha quedado expresado. De tal manera, en las indicadas circunstancias, resulta inoficioso un pronunciamiento respecto de la validez o invalidez constitucional de la alteración de la moneda en que fue concertado el contrato de depósito entre la accionante y la entidad bancaria.

Tal conclusión, naturalmente, no implica que la indisponibilidad del capital durante un prolongado lapso no hubiera producido a los ahorristas perjuicios de distinta índole. Empero, no es este el cauce procesal para decidir a su respecto. Solo cabe dejar establecido ahora que esta decisión no obsta a que, de haberse ocasionado tales daños, quienes lo padecieron puedan reclamar su indemnización a través de un juicio posterior que persiga tal objeto.

21) Que no obsta a lo precedentemente señalado la circunstancia de que la actora haya obtenido a lo largo de este pleito la entrega de sumas de dinero provenientes del depósito sobre el que versan estas actuaciones, ya que tales percepciones deben ser tomadas como pagos a cuenta e imputadas como tales, por lo cual no pueden dar lugar a reintegros.

22) Que, por último, cabe recordar que la inviolabilidad de la propiedad privada es una garantía que la Constitución

Nacional consagra, y cuya intangibilidad e incolumidad es un deber de la Corte Suprema proteger contra los avances del poder aún en casos de emergencia. El reintegro de la propiedad puede dilatarse en el tiempo que abarque la emergencia, pero necesariamente debe restituirse al titular, quien tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios que hubiera sufrido. En consecuencia, reitero el criterio que he sostenido en votos anteriores. Teniendo en cuenta que las circunstancias económicas hoy permiten a los ahorristas recuperar su capital, esta Corte se encuentra examinando los alcances de su sentencia. El término abstracto no es el jurídicamente correcto a la decisión de la Corte que restituye el capital y no impide que el titular demande por la vía ordinaria los daños y perjuicios que hubiere sufrido en su condición de ahorrista.

23) Que dado el tiempo transcurrido desde que se iniciaron los presentes autos, y la trascendencia institucional de las cuestiones planteadas, el Tribunal estima que corresponde hacer uso de la facultad que le confiere el art. 16, segunda parte, de la ley 48 y decidir, en consecuencia sobre el fondo de la causa (confr. Fallos: 189:292; 212:64; 214:650; 220:1107; 223:172; 240:356; 311:762 y 1003, entre otros).

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada; sin perjuicio de lo cual, en virtud de los fundamentos de la presente, se declara el derecho de la actora a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual —no capitalizable— debiendo computarse como pagos a cuenta las sumas que —con relación a dicho depósito— hubiese abonado la aludida entidad a lo largo de este pleito, así como las que hubiera entregado en cumplimiento de medidas cautelares. El reconocimiento de tal derecho lo es, en su caso, con el límite

pecuniario que resulta de lo decidido por la cámara, en tanto su sentencia no ha sido apelada por la actora. Las costas de esta instancia se distribuyen en el orden causado en atención a los fundamentos de la presente (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En lo atinente a las irrogadas en las anteriores instancias, en virtud de la excepcional situación suscitada en esta clase de causas, se mantiene lo dispuesto sobre el punto por el tribunal a quo.— *Carlos S. Fayt*.

### Voto de la Dra. Argibay:

Autos y Vistos:

1°) En lo que se refiere a la descripción del caso y a los argumentos en que las partes han apoyado sus pretensiones, remito, por razones de brevedad, a los considerandos 1° a 5° del voto suscripto por la mayoría.

2°) En la medida que en el pleito se ha controvertido la validez constitucional de normas dictadas por el gobierno federal, en particular el art. 2 del decreto 214 y la decisión definitiva ha sido contraria al interés de los recurrentes, se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el artículo 14 de la ley 48 para habilitar la competencia apelada de esta Corte.

3°) Uno de los cuestionamientos que se ha dirigido contra el artículo 2° del decreto 214 se apoya en la restricción que pesa sobre el Presidente para emitir leyes.

Debe señalarse en primer término que el artículo 99.3, segundo párrafo, de la Constitución Nacional establece la siguiente prohibición general: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". El Presidente, por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (artículo 87 CN) está especialmente alcanzado por esta prohibición.

Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre

que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los dos párrafos siguientes del artículo 99.3:

"Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

"El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

Ahora bien, en la medida que el Presidente, al dictar el decreto 214, invocó la facultad prevista en el artículo 99.3, está fuera de toda controversia que se trata de una disposición de carácter legislativo. Por otra parte, tampoco está en discusión que luego de dictado el decreto 214 se omitió completamente el procedimiento legislativo previsto en el tercer párrafo y que, por lo tanto, no hubo pronunciamiento oportuno por parte de las Cámaras del Congreso. En consecuencia, no habiéndose cumplido el procedimiento propio de la excepción, el decreto 214 debe reputarse dictado en trasgresión al principio general establecido en el artículo 99.3, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

4°) El otro motivo para atacar la presunción de constitucionalidad del decreto 214, radica en la denuncia de que, al impedir el cumplimiento de las obligaciones que los bancos tenían hacia los titulares de depósitos, ha privado a estos últimos de su derecho de propiedad y vulnerado así la garantía establecida en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

En efecto, el derecho contractual de los titulares de depósitos bancarios tiene por objeto la correlativa obligación del deudor, la entidad financiera, de entregar la cantidad depositada en la calidad y especie comprometida. El titular de este derecho se encuentra protegido contra su privación por parte de las autoridades, puesto que no es materia de discusión que tal es el alcance de la garantía establecida en el artículo 17 de la Constitución Nacional. Tales derechos personales forman parte de la propiedad de las personas, de modo tal que nuestra Constitución, por vía de su artículo 17, otorga una protección similar a la norteamericana que expresamente prohíbe a los estados dictar normas que abroquen obligaciones contractuales (Fallos: 145:307; 137:47; 172:21, considerandos 5°, 6° y 12, 173:65).

Por otra parte, el mismo Congreso, mediante la ley 25.466, en particular los artículos 2° y 3°, había reconocido que el Estado nacional no alteraría las condiciones pactadas entre los depositantes y las entidades financieras, al tiempo que incluyó expresamente a los derechos derivados de los depósitos bancarios en la ya referida cláusula constitucional.

5°) Si bien esta Corte ha desarrollado a lo largo de su historia, y en particular a partir del caso "Avico" (La Ley Online), un extenso repertorio de decisiones en favor de las interferencias del Estado en la propiedad privada como remedio para las recurrentes crisis sociales y económicas, creo que incluso desde esta perspectiva jurisprudencial más flexible, la queja levantada por los actores tiene también aptitud para invertir la presunción de constitucionalidad del decreto 214/2002.

En efecto, la tradición jurisprudencial antes mencionada fue citada en algunos votos del fallo dictado en el caso "Bustos", en particular por referencia al precedente "Blaisdell", (290 U.S. 398) de la Corte Suprema de los Estados Unidos que fuera recogido en el ya citado caso "Avico". Sin embargo, dicha línea jurisprudencial, tanto en su versión argentina como en la seguida por la corte norteamericana, pese a todos sus meandros e interrupciones, ha dejado subsistente una limitación a las restricciones que el gobierno puede introducir, por razones de emergencia, en la propiedad de las personas, a saber: ha de recaer sobre los plazos para la exigibilidad judicial y renta pactada, pero no sobre el capital, es decir, la "sustancia" del derecho.

Así reza el correspondiente cliché con la lista de requisitos que deben cumplir las leves de emergencia. En lo que se refiere especialmente a la interferencia de contratos entre particulares, la gran mayoría de los fallos convalidaron leves que establecían demoras en la exigibilidad de ciertos derechos y limitaciones a la renta. Así fue en "Avico" y había sido antes en "Ercolano", fallo éste al que se adhirieron los jueces que formaron mayoría en aquél (Fallos: 172:21, 67-68, considerando 9° —La Ley Online). Y ese fue el caso también en los precedentes Nadur —243:449—, Russo -243:467— (La Ley Online), White de Torrent —264:344—. El esfuerzo que puede advertirse en la sentencia dictada en "Peralta" (Fallos: 313:1513, considerandos 40 a 44 y 52 —LA LEY, 1991-C, 158—) por incluir las restricciones como una mera "reprogramación" y mantener así su convalidación dentro del esquema tradicional, descansa en la premisa implícita de que incluso una medida de emergencia puede resultar inconstitucional por violación de la propiedad si afecta los derechos de manera "sustancial" y definitiva.

Este límite ha sido traspasado también por el decreto 214/2002 que alteró de manera definitiva los derechos creditorios de los depositantes al limitar el cumplimiento de la obligación del banco deudor a un determinado monto (decreto 214/2002) y transferir el saldo, sin la conformidad del acreedor, a otro deu-

dor, el Estado (decreto 739/2003), quien no lo cumpliría sino a lo largo de los diez años subsiguientes. En vista de ello, pierde toda consistencia la afirmación de que el acreedor no ha sufrido, por virtud de la intervención del gobierno, alteración alguna de su derecho personal y, por consiguiente, de su propiedad.

El artículo 2º del decreto 214 se sitúa, entonces, más allá de la zona dentro de la cual esta Corte ha reconocido presunción de constitucionalidad a las interferencias estatales.

6°) De lo que vengo señalando hasta aquí, resulta que el Poder Ejecutivo mediante una "disposición de carácter legislativo", prohibida en principio por el artículo 99.3 de la Constitución Nacional, como es el decreto 214, introdujo una restricción en la propiedad de los titulares de depósitos bancarios que, prima facie, va más allá de lo que históricamente hubiera resultado admisible para el Legislativo.

En estas condiciones no encuentro margen para insistir en que el decreto 214 es una norma que cuenta con presunción de constitucionalidad y que, por consiguiente, la carga de demostrar todos los extremos concernientes a su pretendida invalidez corresponde a quien la impugna, mucho menos llevar esa carga al extremo de incluir la prueba de que el Ejecutivo no ha cumplido con los requisitos de "transitoriedad" y "no sustancialidad" que desde el precedente "Avico" deben llenar las normas de emergencia para superar el examen de constitucionalidad.

Por el contrario, es innecesario producir prueba alguna de la restricción definitiva y sustancial a los derechos de la parte actora, puesto que, como hemos visto, tal restricción surge del texto mismo del decreto 214, sin necesidad de ninguna demostración empírica adicional.

Una vez dispuesto el campo del modo que entiendo correcto, cabe sí pasar a considerar los argumentos que se han ofrecido para intentar revertir la inconstitucionalidad que aqueja al decreto 214/2002, según he explicado en los párrafos precedentes.

7°) Para justificar el régimen inaugurado por el artículo 2° del decreto 214/2002 se ha argumentado que la gravedad de la crisis reinante al momento de su dictado, declarada por el artículo 1° de la ley 25.561, hizo imprescindible tal medida. También se ha invocado el artículo 64 de la ley 25.967, sancionada en diciembre de 2004, por el cual se lo "ratifica".

En primer lugar, estos modos de convalidar un decreto de necesidad y urgencia no se encuentran admitidos por la Constitución Nacional y ello basta para rechazarlos según el enfoque que he adoptado precedentemente. Pero no es ésta la única razón para rechazar tales argumentos.

7.a) La apelación a un estado de necesidad que habría hecho inevitable el dictado del decreto 214, supone necesariamente que las medidas autorizadas poco antes por la ley 25.561 eran inconvenientes. En efecto, el Congreso se encontraba en sesiones en ese momento y pocas semanas antes había establecido el programa al que debía sujetarse el Presidente para enfrentar la crisis que atravesaba el país a principios de 2002; entre las medidas autorizadas no se encontraba la pesificación de depósitos bancarios, sino más bien todo lo contrario.

En efecto, el 6 de enero había sido sancionada la ley 25.561, llamada de Emergencia y Reforma del Régimen Cambiario, la cual fue promulgada ese mismo día (casi tres años después la ley 25.561 fue modificada por la ley 25.820). En su artículo 1º el Congreso declaró la emergencia pública, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. La misma cláusula fija las bases de la delegación de funciones en el Poder Ejecutivo. El artículo 2º facultó al ejecutivo para establecer el sistema cambiario y dictar las regulaciones correspondientes. En el artículo 3º derogó el sistema de convertibilidad que había

creado la ley 23.928. También debe recordarse que el artículo 15 suspendió la vigencia de la ley de intangibilidad de depósitos bancarios 25.466 hasta tanto el Poder Ejecutivo considere superada la emergencia del sistema financiero.

De la ley referida, resulta de relevancia para lo que aquí se discute, el artículo 6° que, tal como fue sancionado, decía:

ARTICULO 6° — El Poder Ejecutivo nacional dispondrá medidas tendientes a disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio dispuesta en el artículo 2° de la presente ley, en las personas de existencia visible o ideal que mantuviesen con el sistema financiero deudas nominadas en dólares estadounidenses u otras divisas extranjeras. Al efecto dispondrá normas necesarias para su adecuación.

El Poder Ejecutivo nacional reestructurará las deudas con el sector financiero, estableciendo la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR (U\$S 1), sólo en deudas con el sistema financiero cuyo importe en origen no fuese superior a DOLARES CIEN MIL (U\$S 100.000) con relación a: a) Créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda; b) A la construcción, refacción y/o ampliación de vivienda; c) Créditos personales; d) Créditos prendarios para la adquisición de automotores; y e) A los de créditos de personas físicas o jurídicas que cumplan con los requisitos de micro, pequeña y mediana empresa (MIPyME). O hasta a esa suma cuando fuere mayor en los casos del inciso a) si el crédito fue aplicado a la adquisición de la vivienda única y familiar y en el caso del inciso e).

El Poder Ejecutivo nacional podrá establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras comprendidas y emergentes del impacto producido por las medidas autorizadas en el párrafo precedente, las que podrán incluir la emisión de títulos del Gobierno nacional en moneda extranjera garantizados. A fin de constituir esa garantía créase un derecho a la exportación de hidrocarburos por el término de CINCO (5) años facultándose al

Poder Ejecutivo nacional a establecer la alícuota correspondiente. A ese mismo fin, podrán afectarse otros recursos incluidos préstamos internacionales.

En ningún caso el derecho a la exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor boca de pozo, para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras.

El Poder Ejecutivo nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras.

Para comprender la importancia que este último párrafo tuvo en la decisión del Congreso, en particular en la aprobación del proyecto por la Cámara de Diputados, es menester recordar que su aparente exclusión dio lugar a un firme reclamo por parte de algunos legisladores, que fue atendido por el cuerpo, con la expresa mención de que la protección del capital de los ahorristas implicaba la obligación de restituir sus depósitos bancarios en la moneda en que fueron hechos y que la expresión "reestructuración" otorgaba herramientas para operar fundamentalmente sobre los plazos y eventualmente sobre los intereses esperados.

Así quedó expresamente plasmado en la respuesta que el miembro informante, diputado Jorge Rubén Matzkin, dio al requerimiento del diputado Cappelleri sobre la interpretación que la comisión respectiva daba al texto en cuestión: "el último párrafo del artículo 6°, vinculado con la situación de aquellas personas que están dentro del 'corralito', pretende decir que habrá reestructuraciones que será necesario realizar, fundamentalmente en los plazos y, eventualmente, en las tasas de interés. El objetivo central del párrafo es ratificar, mediante una ley, la voluntad del Congreso en el sentido de que esos depósitos serán devueltos en la moneda en que fueron hechos" (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, correspondiente al 5 de enero de 2002).

La intensa deliberación que precedió a la aprobación del proyecto de ley en la Cámara de Diputados, muestra 1) que al momento de dictarse el decreto 214 era un sinsentido invocar, para llenar la exigencia del artículo 99.3 de la Constitución, la imposibilidad de seguir los trámites legislativos, puesto que tales trámites ya habían tenido lugar y, concluido con la sanción de la ley 25.561 en la que se establecieron los lineamientos generales, pero claros, a que debía sujetarse el Ejecutivo y 2) que en su artículo 6°, se estableció un programa de emergencia que otorgaba al Presidente competencia, es cierto, para interferir en la propiedad de las personas, pero solamente mediante la prórroga de plazos contractuales y topes en la renta pactada.

Podría replicarse, hipotéticamente, que el programa de emergencia contenido en la ley 25.561 resultó insuficiente para poner remedio a la crisis y que no bastaba con prorrogar plazos o limitar intereses de los depósitos bancarios. Sin embargo, esta insuficiencia de los medios aprobados por la ley 25.561 y que resultan coincidentes con los que esta Corte ha declarado admisibles constitucionalmente, según ya lo he mencionado, no ha sido demostrada de ninguna manera por los demandados, quienes, como ya dije, tienen la carga de justificar la validez del decreto 214/2002. Más aún, ni siguiera fue mencionada entre las consideraciones que le sirven de motivación.

Cabe puntualizar que lo señalado precedentemente no implica volver sobre la antigua y sostenida deferencia que esta Corte otorga a los juicios de conveniencia y justicia que subyacen a las decisiones de las otras ramas del gobierno. Dicha actitud es, ciertamente, insoslayable cuando se trata de atacar por su ineficacia o inconveniencia normas que cuentan con presunción de constitucionalidad. Pero dicho estándar no funciona en sentido inverso, es decir, cuando se pretende purgar la inconstitucionalidad de un acto de gobierno sobre la base de su utilidad, eficacia o conveniencia. En este segundo caso, los tribunales han de exigir más intensamente una demostración plena y convincente de que se trata de una medida insustituible y justa para atender una necesidad cuya satisfacción es impostergable.

7.b) La tardía ratificación por el Congreso, casi tres años más tarde, mediante un artículo incluido en la ley de presupuesto 25.967, sin mayor debate, es de todo punto de vista inaceptable, puesto que no sólo se aparta del procedimiento constitucional en sentido literal, sino que frustra la finalidad misma del artículo 99.3, cual es la de asegurar una deliberación oportuna y pública en el seno del Congreso para decidir sobre la ratificación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia. La brevedad de los plazos contenidos en el tercer párrafo del artículo 99.3 busca precisamente evitar que el decreto presidencial se transforme en un hecho consumado de difícil reversión por el Congreso y que la ciudadanía, por tratarse de un tema actual y vigente, pueda seguir la deliberación legislativa. El dispositivo constitucional creado a tales fines sería perfectamente superfluo si esta Corte acepta como sucedáneo el atajo de la ratificación de los decretos de necesidad y urgencia mediante un artículo incluido de manera descontextualizada en una ley de presupuesto dictada años más tarde.

8°) Cabe considerar la posibilidad de que el decreto 214, pese a que fue emitido como decreto de necesidad y urgencia, no se trate de una disposición de carácter legislativo y, por ende, vedada por la Constitución al Presidente.

Esto se debería a que los titulares de depósitos bancarios habrían recibido una cantidad de pesos que compensaba adecuadamente el poder adquisitivo del capital originalmente expresado en dólares al momento de ser depositado en el banco. Si fuese así, el decreto 214 tampoco habría excedido los límites establecidos por el plan de emergencia

aprobado por la ley 25.561. La opinión de que ningún perjuicio económico infiere el decreto 214 a los titulares de certificados de depósitos bancarios ha sido fundada en que la expectativa de las personas que efectuaron depósitos en dólares en el sistema financiero era el de preservar el poder adquisitivo de su capital en el mercado interno. Tal objetivo habría sido plenamente respetado por el decreto 214, puesto que la devaluación general de la economía argentina mantuvo el poder de compra del peso argentino al reducir proporcionalmente el valor de los bienes y servicios ofrecidos. A este argumento suele agregarse que el tipo de cambio fijado en el artículo 2° del decreto 214 es un cuarenta por ciento más elevado que el fijado para el resto de las obligaciones en dólares alcanzadas por la "pesificación".

Ya he dado las razones por las cuales no comparto este enfoque del derecho contractual cuyo amparo se pretende. He de añadir ahora, que estas arqumentaciones no se encuentran respaldadas por ninguna demostración de la supuesta equivalencia económica entre el capital depositado por la parte actora y el reconocido por el decreto 214, mucho menos desde la perspectiva del depositante, puesto que para ello hay que suponer, sin fundamento alguno, que el capital depositado estaba destinado a comprar bienes en el mercado interno y, aún en ese caso, bienes cuyo precio no ha seguido la evolución del dólar (como ha sucedido con los inmuebles, por ejemplo).

En la medida que la verdad de esta premisa económica se invoca para revertir el defecto constitucional de la interferencia estatal, es decir, en interés de la parte demandada, es paradójico que la total ausencia de pruebas que la respalden se cargue en perjuicio quien ha padecido esa interferencia y, por ello, entablado la presente demanda.

9°) Una última argumentación que se ha dado a favor del decreto 214 y el régimen posterior que lo complementó, finca en la autoridad de los fallos mediante los cuales la Suprema Corte de los Estados Unidos convalidó la derogación de la convertibilidad oro del dólar en la década de 1930. ("Perry v. United States" —294 U.S. 330— y "U.S. v. Bankers Trust Co." —294 U.S. 240—)

La importación de esos fallos al contexto en que debemos fallar se ha hecho, a mi entender, de un modo erróneo. La corte norteamericana no tuvo como fundamento central la conveniencia económica de las medidas tomadas por los otros dos poderes, sino que la ratio decidendi se apoyó en la declaración emitida por el Congreso (Joint Resolution, de fecha 5 de junio de 1933) de que el cumplimiento de las cláusulas contractuales de ajuste en función de la cotización del oro interferían directamente en el ejercicio de las atribuciones constitucionales de ese cuerpo para establecer la moneda y fijar su valor (así surge del párrafo que inaugura el voto del chief justice Hughes y es afirmado más adelante en 294 U.S. 240, 297, cuando señala: The question before the Court is one of power, not of policy). El Congreso argentino de enero de 2002 no sólo no emitió ninguna resolución semejante que avalara la interferencia del Presidente en los contratos de depósito bancario, sino que, por el contrario, dictó la ley 25.561 que, como hemos visto, ordenó preservar el capital de los ahorristas.

10) En síntesis, el decreto 214/02 dictado por el Presidente, constituye una disposición legislativa contraria a la prohibición contenida en el artículo 99.3, segundo párrafo de la Constitución Nacional, mediante la cual se ocasionó una manifiesta privación de la propiedad (artículo 17 de la Constitución) en lo que se refiere a la alteración del capital depositado en las entidades financieras.

11) De lo expuesto precedentemente, se desprende que, en mi opinión, la demanda de amparo promovida es procedente en lo que respecta a la inmediata restitución por el banco demandado de la cantidad de dólares depositados o la de pesos necesaria para adquirir esos dólares al tipo de cambio vendedor que corresponda a la fecha del efectivo pago.

No obstante lo expuesto hasta aquí, las razones de gravedad institucional relatadas por la mayoría y que, en líneas generales comparto, tornan prudente, en la medida que ello resulte posible, arribar a una solución que, más allá de las diferencias en los fundamentos, permita arribar a una sentencia que, en tanto unánime en el resultado económico, ponga fin a la gran cantidad de reclamos pendientes de solución.

Por ello, en función de esta conclusión, concurro con la parte resolutiva propuesta por la mayoría, en cuanto el monto que ella ordena reintegrar a la parte actora resulta coincidente con el mencionado en los párrafos precedentes y, también, en lo demás que resuelve acerca de la distribución de costas entre las partes.—Carmen M. Argibay.

#### Ampliación de fundamentos del Dr. Lorenzetti:

Considerando: 24) Que conforme surge del considerando anterior, se admite el derecho del ahorrista a la restitución del cien por ciento de su crédito en pesos, lo cual requiere una ampliación de fundamentos para satisfacer el derecho de los actores y demandados a conocer la razón de las decisiones judiciales que los afectan.

Que para dictar esta sentencia, se ha debido tener en cuenta: 1) que la legislación promulgada en los años 2001 y 2002 ha tenido como base precedentes de esta propia Corte y que afectaría la seguridad jurídica cambiarlos retroactivamente; 2) que, habiendo transcurrido casi cinco años de los hechos, deben considerarse las implicancias sobre miles de situaciones jurídicas particulares que han tenido una variedad de soluciones transaccionales o judiciales ya consolidadas; 3) que es necesario evaluar las consecuencias sobre las reglas macroeconómicas fijadas reiteradamente por parte del Honorable Congreso de la Nación en el período mencionado, 4) que la interpretación que los jueces realicen sobre la protección constitucional del contrato y de la propiedad tiene efectos importantísimos sobre la evolución futura de las instituciones, 5) que, con arreglo a los precedentes de esta Corte, cabe prescindir de la declaración de inconstitucionalidad de una norma cuando se puede encontrar la solución en el derecho vigente, 6) que han habido diferentes opiniones entre los jueces que, en gran medida, reflejan la disparidad de criterios existentes en la sociedad, 7) que es necesario dar una solución definitiva a este tipo de pleitos para alcanzar la paz social sobre la base de considerar los resultados y en especial el respeto del patrimonio del ahorrista, cumpliendo así la misión institucional que la Constitución confiere a esta Corte Suprema.

Que expresado el contexto en el que se debe dictar la presente decisión, es necesario identificar los principios que rigen nuestro sistema constitucional, cuyo seguimiento debe ser la base para evitar la repetición futura de los graves sucesos que ha vivido la república y que afectaron a sus ciudadanos.

25) Que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva.

Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 Constitución Nacional) y de libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Es en este sentido como debe ser interpretado el término "propiedad" constitucional (art. 17 Constitución Nacional). No se trata de indagar si hay un derecho real o creditorio, sino de afirmar que la libertad, el derecho subjetivo y la posición jurídica relativas al contrato tienen rango constitucional. Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de

este Tribunal al sostener "que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo" (Fallos: 145:307; Fallos: 172:21, disidencia del juez Repetto).

26) Que es regla de interpretación que todo aquel que pretenda restringir un derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión. Este es el efecto jurídico preciso de la calificación del contrato dentro del concepto de propiedad constitucional, ya que la regla es la libertad, mientras toda limitación es una excepción que debe ser fundada.

Que en esta causa se discute la legitimidad de la restricción impuesta por razones de emergencia económica a la libertad de configurar el contenido del contrato y la afectación de la posición contractual.

Que el significado de la restricción admisible surge de la interpretación de la Constitución, consistente con la jurisprudencia de esta Corte, teniendo en cuenta las consecuencias que ella ha tenido en la práctica constitucional.

27) Que el estudio de los principales precedentes de este Tribunal sobre la extensión con que puede ser afectado un derecho contractual por razones de emergencia económica, muestra el claro predominio de una interpretación tolerante de amplias restricciones.

Que la referida interpretación amplia fue sostenida en un largo período histórico y por numerosos jueces integrantes de esta Corte. En el año 1922, en el precedente "Ercolano" (Fallos: 136:161), con el voto de los jueces Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez, el Tribunal declaró que la ley 11.157, que prohibía cobrar,

durante dos años contados desde su promulgación, por la locación de casas, piezas y departamentos, destinados a habitación, comercio o industria, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos el 1º de enero de 1920 era constitucional. En el año 1934, en el precedente "Avico, Oscar" (Fallos: 172:21), con el voto de los jueces Sagarna, Pera, Linares, Nazar Anchorena, la Corte declaró la constitucionalidad de la ley 11.741, que reducía el interés y prorrogaba el plazo para el pago del capital en un préstamo hipotecario. En el año 1944, en el precedente "Pedro Inchauspe Hnos." (Fallos: 199:483 —La Ley Online—), con el voto de los jueces Repetto, Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía, esta Corte dijo que, entre los criterios amplios y restringidos, había optado por el criterio "amplio porque está más de acuerdo con nuestra Constitución, que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos...". En el año 1990, en el precedente "Peralta, Luis A. y otro" (Fallos: 313:1513), con el voto de los jueces Ricardo Levene (h), Mariano Cavagna Martínez, Carlos Fayt, Rodolfo Barra, Julio Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor —los jueces Belluscio y Ovhanarte firmaron sendas disidencias de fundamentos—, se consideró constitucional el dec. 36/90 en cuanto dispuso que la devolución de los depósitos a plazo fijo que excediesen determinada cantidad, fuesen abonados con títulos de la deuda pública, afirmando esta Corte que "de las medidas adoptadas por el gobierno no resulta menoscabo de la propiedad protegida por el art. 17 de la Const. Nacional".

28) Que si bien ha sido minoritaria, ha existido también una interpretación más restrictiva de las intervenciones legales en los contratos por razones de emergencia económica. Pueden recordarse el voto del juez Bermejo, dado en el año 1922, en el precedente "Ercolano, Agustín" (Fallos: 136:161), el del juez Repetto, en el año 1934, en el precedente "Avico, Oscar" (Fallos: 172:21) o el del juez Boffi Boggero, en el año 1960,

en el precedente "Cine Callao" (Fallos: 247:121 —Supl. Emergencia Económica y Teoría del Derecho 2003-142—).

29) Que resulta necesario establecer criterios de corrección para una interpretación estable, compatible con los valores constitucionales y apta para constituirse en una base sólida para el futuro de la Nación.

Las reglas de la Constitución han sido expresadas con sabia amplitud, para permitir su adaptación a los tiempos, pero esta labor no debe desnaturalizar los valores y principios, ya que siempre debe buscarse la coherencia sobre la base de que no hay un sistema jurídico emergencial o de hecho extraño al que tiene como base la Carta Magna.

Es un principio que todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe tutelar. El ahorro que hace el ciudadano para resquardarse frente a las inclemencias del futuro o para aumentar su patrimonio, debe ser protegido por los jueces, cualesquiera sean las finalidades lícitas que persiga el depositante. Esta regla es la base de la tranquilidad que nuestro pueblo tiene derecho a gozar en una sociedad organizada, es el fundamento del respeto recíproco y es el principal impulsor del crecimiento económico que sólo puede ser realizado en el marco de instituciones estables.

30) Que también cabe valorar las consecuencias de la amplia tolerancia a las restricciones de los derechos contractuales por razones de emergencia consolidada a lo largo más de setenta años.

Las legislaciones de excepción tienen un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla y los remedios normales han sido sustituidos por la anormalidad de los remedios. Esta fundamentación de la

regla de derecho debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico.

Que el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo concluyente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad.

Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de compromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento.

Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho.— *Ricardo L. Lorenzetti.* 

# CSJN, 13/3/2012, "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", Fallos: 335:197.

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación, y Julián Horacio Langevin, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay Nº 1855, 1º piso (contrafrente), Capital Federal, venimos a contestar la vista conferida.

#### I.- Asumimos representación

En atención a lo que surge de estos obrados, asumimos la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 CC y 54, incisos "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "i" de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946), respecto de la menor A. G., nacida el 3 de septiembre de 1994 (cf. fotocopia de la partida de nacimiento glosada a fs. 7 de los autos principales).

II.- En tal carácter, nos expedimos con relación al recurso extraordinario federal concedido a fs. 673/676 (4/06/2010), el cual fuera interpuesto por el Tutor Ad Litem y Asesor de Familia e Incapaces del nasciturus a fs. 653/658vta., contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2010 por la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (cf. fs. 550/594vta.).

Por medio de tal pronunciamiento se dejó sin efecto la sentencia de la Alzada, y en consecuencia, se declaró que el caso de autos encuadra en el supuesto de "aborto no punible" previsto por el inc. 2º, primera parte, del art. 86 del Código Penal.

#### III.- Procedencia

Respecto a la procedencia formal, cabe destacar, que se interpuso el remedio federal previsto por el art. 14 de la Ley 48, con sustento en que se halla en juego la aplicabilidad e interpretación del artículo 86, inciso 2º del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional, y del derecho a la vida de la persona por nacer que consagran los pactos y tratados internacionales de rango constitucional (v. fs. 656).

El Supremo Tribunal Provincial resolvió concederlo, expresando en su parte pertinente: "(...) El día 11 de marzo, en el Centro Materno infantil de Trelew, la menor A.G. fue intervenida médicamente según informaron sus abogados, el día 12 de marzo, a las 10:51hs (ver fs. 661). (...) A las 9,35 hs del día 12 de marzo, en el carácter de tutor ad-litem del nasciturus y ejerciendo –simultáneamente- su representación promiscua, el Señor Defensor General Subrogante de la Provincia de Chubut, plantea Recurso Extraordinario Federal (...) Ni la recurrente, ni la representación legal de (...) han dado

cumplimiento a los recaudos formales contemplados por la Acordada Nº 04/2007 de la C.S.J.N. Esta circunstancia justifica por sí sola que este Cuerpo declare inadmisible, sin más, la apelación federal en estudio. No obstante ello y teniendo en cuenta que esta Sala declaró que en los presentes autos, media un innegable supuesto de gravedad institucional, corresponde conceder el Recurso Extraordinario Federal deducido, pese a que la práctica abortiva ya se realizó (art. 257 C.P.C.C.N.) (...) La ausencia de gravamen actual y concreto en el apelante, (...) autoriza a declarar abstracta la cuestión planteada pues los agravios invocados, han perdido virtualidad. (...) En la causa: "B.A. s/autorización judicial", sentencia del 7/XII/2001, (Fallos, 324:4064 y sqtes.) en la que al tiempo de resolver, ya había tenido lugar el parto respecto de la cual, se solicitó la autorización denegada por el tribunal a quo, el Máximo Tribunal subrayó que dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, (...) corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a la antes mencionada"(...)." (v. fs. 673/676).

No escapa a nuestro entender que, tal como lo señala el tribunal superior de la causa en el juicio de admisibilidad, el recurso extraordinario articulado no satisface los recaudos formales, en tanto el apelante incumplió con lo normado por el art. 2º y 4º del Reglamento aprobado por la citada Acordada Nº 4/2007, pues sólo consignó en forma parcial los datos requeridos en la carátula, y se excedió en la cantidad de renglones allí previstos (cf. en similar sentido, sentencia del 26 de mayo de 2010, en los autos caratulados "Vega, Beatriz María c. Banco Formosa S.A. s/acción común").

Desde otra arista, cuadra destacar, que el libelo recursivo no satisface el requisito de fundamentación autónoma exigido para su procedencia; y por ende, resulta formalmente inhábil para su apertura (Fallos: 323:1261).

A ello cabe agregar, que al momento de la interposición del remedio federal, el recurrente carecía de legitimación para obrar. Nótese que el Tutor Ad Litem del nasciturus, y Asesor de Familia e Incapaces, efectuó dicha presentación el pasado 12 de marzo del corriente a las 9:35 hs (cf. cargo de fs. 658vta.), fecha en la que su representado —lamentablemente— había dejado de existir, como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada a su progenitora el día anterior, en el Centro Materno Infantil de Trelew, conforme fuera denunciado por sus letrados a fs. 648.

Tales extremos, sin lugar a dudas, provocaron el cese de su legitimación de pleno derecho. Consecuentemente, mal podía alegarse, y reconocerse la representación legal (art. 57 C.C.) y promiscua (art. 59 C.C.) que invocara, con relación a quien ya no existía (cf. art. 74 del Código Civil).

Por último, tampoco se desconoce que a raíz de la práctica abortiva realizada a nuestra asistida, la cuestión debatida ha devenido abstracta, como también fuera advertido por el a quo.

No obstante ello, ese Alto Tribunal reconoció que, en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tan elevada función (Fallos: 257:132; 260:114; 295: 376 y 879; 298:732; 3001102, entre otros), circunstancias que según nuestro modo de ver, concurren en la especie, pudiendo V.E. utilizar la facultad excepcional contemplada en el art. 11 de la Acordada Nº 04/2007.

Y lo cierto es, que la virtualidad de la cuestión propuesta se encontraba sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como es el del embarazo de la menor y las posibilidades de concretar su decisión de practicarse un aborto en tiempo oportuno.

Si bien es una regla general muy definida, que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pendiente (Fallos, 267:499; 285:353 y 328:339), también existen excepciones, y una de ellas es que el tema

sea trascendente, de naturaleza federal o constitucional y que la combinación de todos estos factores luzca como difícil para la presentación de la oportunidad en que la Corte pueda analizar el tema.

En tal sentido, y como precedentes válidos para nuestro sistema, cabe destacar que esta problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al advertir que las cuestiones relacionadas con el embarazo —o su eventual interrupción— iamás llegaban al tribunal en término para dictar útilmente una sentencia, pues su tránsito por las instancias inferiores insumía más tiempo que el que lleva el transcurso natural del proceso biológico. Ante tal situación asumió, con relación a su orientación básica sobre la cuestión abstracta (mootness), una postura más amplia, en orden a poder facilitar a los tribunales la posibilidad de decidir cuestiones que probablemente se repetirán.

En esos supuestos, la Corte Norteamericana mostró una notoria flexibilidad en torno a su concepción de las cuestiones abstractas en dos casos sobre aborto: "Roe v. Wade" (410 U.S. 113, 1973) y "Doe v. Bolton" (410 U.S. 179, 1973), en tanto se destacó que los temas relacionados con el embarazo no podían nunca revisarse en apelación por haberse producido ya el nacimiento. Ello motivó que la Corte buscara signos de que la cuestión no era abstracta, al encontrar latente un interés. (v. al respecto, Wasby, Stephen L., "La Suprema Corte en el sistema judicial federal" 4ta. Edición, Trad del inglés de Patricia Bermejo, Ed. LEP, La Plata 2003, p. 291/292). Así, optó por decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaía el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del tribunal fuese expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro.

Y tal argumentación fue invocada por V.E. en oportunidad de expedirse en el precedente "T.S." en cuanto sostuvo que "...la virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo

inexorable de un proceso biológico, como lo es el embarazo de la actora (...) esa problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica..." "(...), en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible..." (v. Fallos 324:5, considerandos 4º y 5º).

Posteriormente ese Alto Tribunal señaló en el precedente "B., A" que: "...es harto difícil que, en la práctica llequen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aguéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esa situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición pero que escaparían a su revisión..." (Fallos 324:4061), debido a la rapidez con que se produce el desenlace de las situaciones que los originan (cf. Fallos: 310:819, considerandos 6 y 7 del voto de la mayoría y de la disidencia, y especialmente el considerando 7 del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: "Carroll v. Princess Anne", 393 U.S. 175, págs. 178/179, y sus citas; Fallos: 316:479, considerando 6 del voto de los jueces Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi), y no obsta a la admisibilidad del recurso extraordinario que el hecho cuya autorización se requería haya acaecido (Fallos 324:4061).

En ese entendimiento, la Corte de los Estados Unidos ha dicho que es muy difícil distinguir, y en consecuencia que puede ser dificultoso, en la medida que sea posible, determinar el modo de precisar un test para establecer la cuestión en controversia —esto es, si se requiere una declaración judicial o bien una opinión judicial— (cf. Maryland Casualty Co v. Pacific Coal and Oil Co., 312 U.S: 270, 1941, at 273).

En tal contexto, y en miras a determinar si estamos o no frente a un caso que amerite una declaración judicial, no

puede soslayarse que en el sub lite se encuentra involucrada una menor de edad y, respecto al especial deber de protección de niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño interpretó que: "Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten" (Observación General Nº 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño [artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44], adoptada el 3 de octubre de 2003). Por su parte, la Corte IDH señaló que "La expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño" (Opinión Consultiva OC 17/2002, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", del 28/8/2002). En el ámbito interno, esa Corte Suprema ha entendido que el precepto apunta a dos finalidades básicas: "las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos" (Fallos: 328:2870).

Sentado lo anterior, tampoco escapa a nuestro entender, que el control de constitucionalidad tiene por base la relación sustancial existente entre el peticionante y los hechos del caso sobre el que reclama; como así también que V.E. tiene dicho que se expide sobre la plataforma fáctica existente al momento de resolver (cf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, y 330:642), es decir que no queda sujeta a los hechos existentes al momento en que se

interpone el recurso. Asimismo, cabe destacar que en casos como el presente esa Corte Suprema no se encuentra limitada por las posiciones de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos 322:1616; 328:3142, entre muchos otros).

En el sub examen, la actualidad de la cuestión o el interés latente se refleja, en la necesidad de que A. y jóvenes como ella, vean efectivamente garantizado su derecho a su propia determinación (self determination) como parte de los derechos de su personalidad (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho del menor a su propio cuerpo" en Borda, Guillermo A. (dir), "La persona humana", Bs. As., La Ley, 2001, p. 252), y puedan continuar con su vida, sin más remordimientos y traumas de los que ya se han puesto en su camino, y en tal sentido es merecedora de una sentencia que declare que su conducta no es punible, en orden a las circunstancias fácticas que rodeaban al caso y a las argumentaciones jurídicas que a continuación se desarrollan.

El núcleo central de la cuestión planteada en autos en base a la situación fáctica hoy existente (en tanto el aborto ya se ha practicado), es determinar si el caso se encuentra comprendido dentro de uno de los supuestos de no punibilidad contemplados por el Art. 86 del Código Penal, cuya constitucionalidad, aunque de modo un tanto confuso y contradictorio, fue cuestionada por el recurrente.

Por lo expuesto, consideramos que el recurso extraordinario ha sido bien concedido, y no empece a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la interrupción del embarazo, respecto del cual se solicitó la autorización, en tanto las cuestiones a resolver constituyen caso federal suficiente.

IV.- El caso de A.

Sentado ello, pasamos a dictaminar sobre el fondo de la cuestión planteada.

El difícil problema en torno al cual debemos expedirnos ha sido producto de una profunda meditación que nos conduce sin duda alguna, a la postura que a continuación expondremos y que se sustenta en el interés superior de nuestra defendida, pues no debe perderse de vista que aquel no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales de A.

En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior de la niña, que como tiene dicho V.E., no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (Fallos: 330:642), será la que mejor satisfaga a todos ellos, entre los que cabe mencionar su derecho a la salud, integridad psicofísica, libertad personal, autodeterminación, dignidad, derechos reproductivos —comprensivos del derecho a formar una familia, a una maternidad libre y responsable—, el derecho sobre el propio cuerpo (derechos estos interdependientes y complementarios del derecho a la vida), como así también, su derecho a ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Asimismo, es dable remarcar, que el examen no se agota con las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto al momento de resolver, sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada fórmula como destinada a facilitar la formación de la menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad. (cf. Roca y Trías, E., "Contestación" al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borrás sobre "El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional privado", Revista Jurídica de Cataluña 4 (1994) 976).

En ese entendimiento, cabe entonces preguntarse desde el inicio: ¿Cuáles eran las alternativas disponibles? y ¿Cuál de todas ellas contemplaba efectivamente su interés superior?; entendido este, en sus dos funciones clásicas: la de "controlar" y la de "encontrar una solución" (criterios de control y de solución).

En el criterio de control, el interés superior del niño orienta a velar porque el ejercicio de los derechos u obligaciones de los niños sea correctamente efectuado. Mientras que, en el criterio de solución: la noción de interés superior sirve para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir una buena solución, es "la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica" (v. al respecto Fulchiron H., "De l'intèrêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et practique, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss, citado por Jean Zermatten en el "El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico, Informe de trabajo, 3-2003, puede consultarse en http://www.childsrights.org/ html/documents/wr/2003-3 es.pdf).

El embarazo forzado de la niña, como resultado de la violación que sufriera, dio lugar a un dilema, frente al cual ninguna de las opciones posibles permitía salvaguardar todos los intereses en juego. Las circunstancias que rodearon el pedido de interrupción del embarazo formulado en este caso daban cuenta de lo dramático de la situación que se vio obligada a atravesar nuestra defendida, y que enseguida nos conducen a sostener que no hay en estos casos opciones ideales de resolución.

Ésta es la característica que en definitiva comparte el caso con las causas de justificación en general: ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en conflicto, es inevitable adoptar una decisión que implique el sacrificio de alguno de los bienes jurídicos en juego. Frente a un conflicto de esta naturaleza, en la que aparecen intereses contrapuestos que no pueden ser armonizados, la amenaza de sanción penal ante la interrupción del embarazo aparece de modo evidente como una coerción extrema, inaceptable e inapropiada.

Así las cosas, conviene repasar la historia de nuestra defendida, de la cual surge que la joven A. pasó por una situación que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico. La interrupción de un embarazo representa en sí misma también una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración y cuyo decurso no puede preverse de

antemano, y es en realidad lo que hoy debiera preocuparnos.

Bajo tales lineamientos, nos compete en este estadio de las cosas y, en el rol de representantes de la menor A., repasar su pasado; analizar las posibles interpretaciones del caso, como así también, de la normativa invocada, para determinar si la solución a la que se arribó en definitiva era la que mejor contemplaba los delicados intereses en juego.

IV.1.-Sobre el embarazo de A. y los abusos sexuales sufridos

El 3 de diciembre del año 2009 la Sra. A. L. F. denunció ante el Ministerio Público Fiscal que el 13 de noviembre del mismo año su marido había violado a su hija A. de 15 años de edad. En esa oportunidad, reseñó una situación de abuso sexual ocurrida desde que la niña tenía 11 años (v. fs. 1/vta.).

Al comprobarse el embarazo de la niña, como resultado de la violación, se inició un largo derrotero para obtener un pronunciamiento judicial que autorice la práctica del aborto, con fundamento en el artículo 86 del CP.

Tras dos pronunciamientos contrarios a la pretensión por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el 8 de marzo de 2010 la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia Provincial se pronunció, por unanimidad, a favor de la realización del aborto legal. Consideró que (a los efectos de evaluar la procedencia del permiso contenido en el art. 86, inc. 2, CP) el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por el Sr. O.N. (Cf. consid. V, voto Dr. Caneo; consid. VI, voto del Dr. Pasutti; y consid. V. 2, voto del Dr. Royer). También tuvo por probado que O.N. había abusado sexualmente de ella durante aproximadamente cuatro años (Cf. consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V.2, voto del Dr. Royer).

O.N., de 51 años de edad, era el esposo de la Sra. F. desde que A. tenía 3 años de edad. Además, es el padre de cuatro de sus hermanos, y en la causa judicial se tuvo por cierto que, si bien no es el padre biológico de la niña, en la organización familiar ocupaba un rol parental. Por ta-

les motivos, el abuso sexual era vivido por la joven con un tinte incestuoso.

IV.2.- Sobre los obstáculos interpuestos para el acceso al aborto no punible

No pueden dejar de remarcarse los obstáculos que debió sortear nuestra defendida previo a practicarse en definitiva el aborto, pues aún cuando el requerimiento esgrimido por la Sra. F. y por su hija tuvo resolución favorable al llegar a la máxima instancia local y la joven pudo practicarse el aborto, el caso muestra que los derechos de la niña fueron violados por las trabas interpuestas, que impidieron que la niña pueda acceder en forma inmediata a la práctica legal, y que sin duda alargaron sus padecimientos y consecuentemente colocaron en riesgo su vida.

En este orden de ideas cabe mencionar, en primer lugar, la negativa del Hospital a realizar la intervención sin una autorización judicial que así lo disponga. Y aunque en el expediente no se esgrimió una negativa formal del Hospital a realizar el aborto con anterioridad a la judicialización del pedido, queda claro que el nosocomio se negaba a proceder sin un pronunciamiento judicial que lo avale. Así, al ser consultado por la jueza de familia sobre la viabilidad del pedido, el Director del Hospital informó que para poder derivar el requerimiento al comité de Bioética del Hospital, era fundamental que la magistrada informe si en el caso planteado concurrían las condiciones excepcionales previstas por el art. 86 del Código Penal (fs. 40).

Además, la madre de la joven explicó que compareció ante el Poder Judicial Provincial debido a la falta de respuesta de los profesionales de la salud. No se ve por qué motivo no habría que creerle a la madre, quien en todo momento acompañó la decisión de su hija de interrumpir el embarazo.

En segundo término, una vez judicializada la cuestión, la niña tuvo que atravesar un largo derrotero judicial, no exento de una gran cuota de revictimización, que la colocó al borde de las posibilidades reales de poder acceder a la práctica.

Recordemos que el embarazo fue acreditado el 23 de diciembre (v. fs. 60 del expte. 25.661). El 14 de enero la Sra. F., en representación de su hija menor de edad, requirió al juez interviniente en la causa penal que dictara una orden judicial a efectos de interrumpir el embarazo y preservar el material genético de prueba. El 15 de enero el juez de instrucción decidió que carecía de facultades de impulso durante la etapa de investigación y que la presentación debía pasar por la Fiscalía. El mismo día, la Fiscal General afirmó que el fuero penal no era el competente para este pedido (v. fs. 79 83 y 859).

En el mes de enero la madre realizó la presentación ante el fuero de familia. peticionando la habilitación de la feria judicial. En la causa civil tomó participación la Asesora de Familia e Incapaces (fs. 22), se notificó del trámite al padre de la adolescente (fs. 25 vta.), se nombró curador ad litem a la joven y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50). La niña fue escuchada personalmente por la jueza y luego se presentó por propio derecho y designó a sus abogados defensores (fs. 38 y 42). También tomó intervención la Asesora de Familia e Incapaces, en representación promiscua de A. y del nasciturus (fs. 49), y la tutora ad litem del mismo (fs. 72/79).

Se requirió al Director del Hospital Regional que informe si de acuerdo a los Protocolos el aborto se podía practicar en condiciones lícitas (fs. 28) y se solicitó opinión médica al Comité de Bioética (fs. 50/51). El jefe de departamento de Tocoginecología del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia opinó que la comprobación de la violación le consta a la justicia (fs. 80/81). El Comité de Bioética Ad Hoc designado por el Director del Hospital Regional el 15 de febrero recomendó la no interrupción del embarazo a fin de no causar mayor daño psíguico a la a la menor madre (ya dañada por el abuso sexual y violación) (fs. 140/143vta.).

Sobre el estado de salud de la niña se pronunciaron: a) psicólogas del Equipo

Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) (fs. 27/vta.); b) el Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito; c) especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia (fs. 82 y 83); d) la psicóloga del E.T.I. presentó además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, relativas a la salud psíquica de la niña (fs. 92); e) cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia (fs. 125/126).

El embarazo y el estado de su avance fueron constatados por el médico forense (fs. 46) y por el Jefe del departamento de Tocoginecología del Hospital Comodoro Rivadavia (fs. 128).

El 16 de febrero, la jueza de primera instancia rechazó la solicitud para la interrupción del embarazo (v. fs. 153/169vta.). El 25 de febrero, la Sala B de la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de Primera Instancia (v. fs. 350/379vta.). Contra esta sentencia, la Sra. F. y su hija interpusieron recurso de casación y de inconstitucionalidad (v. fs. 387/407vta.). Finalmente, el 8 de marzo la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de Chubut dictó sentencia y, por unanimidad, dejó sin efecto la sentencia recurrida y declaró que el caso encuadraba en el art. 86, inc. 2°, CP. El 11 de marzo, se llevó a cabo la intervención en el Centro Materno Infantil de Trelew.

Es decir, transcurrieron casi dos meses de tramitación judicial, contados desde la primera presentación en la que se solicitó la venia judicial para la realización del aborto, para poder acceder al aborto legal. Durante la tramitación del proceso, la niña fue sometida a múltiples exámenes y evaluaciones, que configuraron un proceso de victimización secundaria constatado por los profesionales del Hospital Regional, quienes advirtieron que "la adolescente ha sufrido un proceso de victimización primaria en manos de su victimario, y actualmente continúan las vivencias de victimización por encontrarse expuesta a diversas instancias de evaluación y abordajes institucionales" (fs. 125/126, el destacado me pertenece).

De tal relato, emerge con meridiana claridad que la exigencia de una venia judicial para la interrupción de un embarazo en los casos comprendidos en el art. 86, CP, o del pronunciamiento de un Comité de Bioética, son requisitos no previstos por la ley que redundaron en una nueva afectación de los derechos de la joven, ya que se vio impedida de acceder a un aborto legal en forma inmediata. En cambio, fue sometida a un proceso revictimizante que insumió prácticamente dos meses de tramitación, lo que casi hace frustrar las posibilidades de acceder a la práctica.

Estas circunstancias implicaron la imposición de cargas desproporcionadas sobre sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se refirió en el precedente "Casey", explicando que el sufrimiento de la mujer que decide abortar es demasiado íntimo y personal como para que el Estado insista en su propia visión del rol de la mujer. El destino de una mujer debe ser determinado en gran medida por su propia concepción de sus imperativos espirituales y su lugar en la sociedad. Y concluyó, que exigir requisitos que tengan por objeto o efecto interponer obstáculos sustanciales para acceder a un aborto en los casos en los que la práctica está permitida, constituye la imposición de una carga indebida, lo cual "no puede ser considerado un medio permisible para servir los fines legítimos del Estado" (Cf. Corte Suprema de Justicia, EE.UU., Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 1992).

Como se desarrollara infra, el principio de legalidad (art. 18 C.N.) impide que se restrinja o se dilate excesivamente el acceso al aborto no punible a través de la exigencia de requisitos no contemplados normativamente, y mucho menos, a través de extremos que convierten a supuestos previstos en la ley en letra muerta o que signifiquen la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer. Los obstáculos para acceder a procedimientos legales y seguros se convierten en obstáculos para acceder

al derecho a la salud, a la integridad y a la dignidad.

Bajo este entendimiento, adelantamos desde va —sin perjuicio de las consideraciones que a continuación arqumentaremos— que debe rechazarse la interpretación sostenida por el recurrente en cuanto afirma: "...no es posible (...) extender la aplicación del precepto a casos que, como el de autos, deben ser precedidos por una investigación penal que —aventando toda duda razonable- finaliza con una declaración que establece la existencia de la violación, a la vez que individualiza y castiga a su autor. Cuestión que, por otra parte a pesar de la falta de discusión fáctica de autos, aquí no ha sucedido" (v. Ash. 657vta. último párrafo v 658), en tanto dicha investigación excedería los tiempos de la gestación.

De ningún modo puede sostenerse que el art. 86, inc. 2°, CP, exige una sentencia de condena, en tanto el principio de legalidad y de razonabilidad coartan este tipo de exégesis.

Como es sabido, la ley nº 21.338 incluía como requisito de procedencia que la víctima haya instado la acción penal (en la legislación nacional nunca se exigió que haya recaído condena). Sin embargo, esta ley fue derogada y la exigencia desapareció de la legislación vigente. En sentido coincidente se pronuncia la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP), al afirmar que es innecesario exigir la prueba del autor de la violación y/o del embarazo. La mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo. Si invoca falsamente una violación como causa del embarazo, su hecho será un aborto punible, con o sin error invencible del médico que lo practique (v. http://www.aapdp.com.ar/).

Por tanto, se considera que en nuestro marco jurídico basta con que se invoque con seriedad la existencia del hecho ilícito (Cf. Voto del Dr. Pasutti, en esta causa, consid. VI, último párrafo; en sentido coincidente, S.C.J., Provincia Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006, voto del

Dr. Genoud). Pero nunca puede considerarse que sea necesaria una sentencia de condena.

La exigencia de requisitos no previstos legalmente, como los que tuvo que sortear la niña A. para acceder a la interrupción del embarazo, o como los que pretende exigir el recurrente, violan derechos de la niña consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos elevados a igual jerarquía.

IV.3.- Sobre la afectación de la salud En la causa judicial quedó sobradamente probado el riesgo que generaba el embarazo en la salud e incluso en la vida de la joven A.

En este sentido, se puede mencionar la evaluación realizada por distintos profesionales que tuvieron intervención en el caso:

- a) Psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) se ocuparon de destacar que los efectos del abuso sexual infantil han sido equiparados con el de un disparo en el aparato psíquico, y que su impacto es aún mayor en el caso particular por el embarazo de la niña. Refirieron que la joven había decaído a partir de la confirmación del embarazo, que presentaba síntomas depresivos e ideas suicidas persistentes, rechazo del embarazo (pues consideraba intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos y del marido de su madre), que el impacto producido por el embarazo complejizaba enormemente la tarea reparatoria, y que la continuidad del embarazo presentaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida (fs. 27);
- b) El Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito también relató que se acreditaba una importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo la recurrencia de ideaciones autodestructivas (fs. 66);
- c) Especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia resaltaron nuevamente la presencia de una sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violaciones sufridas desde los 11 años e ideaciones suicidas

si el embarazo no era interrumpido (fs. 82/83);

- d) Profesionales del E.T.I. presentaron además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, quienes también indicaron que ven decaer a la joven y transmitieron gran preocupación (e incluso algunos manifestaron certeza) sobre la posibilidad de que la adolescente atente contra su vida en caso de obligarla a seguir con el embarazo (fs. 92);
- e) Cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia informaron que la adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactivo a la situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo. Acerca de las ideaciones suicidas, no desestimaron la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas, encontrándose, en consecuencia, en continuo riesgo de vida. Señalaron que el embarazo era vivido inconscientemente de manera siniestra y catastrófica ya que aunque biológicamente el victimario no era el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal (fs. 125/126).
- f) El Comité de Bioética Ad Hoc designado por el Director del Hospital Regional también concluyó que existía riesgo de vida para la niña en caso de no interrumpir el proceso de gestación, aunque consideró que podía controlarse por otros medios (fs. 140/143).

Sobre la base de lo informado por lo distintos especialistas, la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia provincial tuvo por probado que la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica un grave riesgo para su integridad psíquica (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti; y consid. V.2, voto del Dr. Royer), e incluso un riesgo de vida (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti).

No quedan dudas, entonces, acerca de que el embarazo producto de la violación por parte de su padrastro ocasionaba a la niña una grave afectación a su salud e incluso riesgo de vida. En realidad, la afectación a la salud psíquica suele acompañar los abusos sexuales, y con mayor presencia cuando como resultado del abuso se produce un embarazo no deseado. En el caso particular, otras circunstancias que también incrementaron el impacto en la salud de la adolescente son la edad de la víctima y el hecho de que el autor del abuso era su padrastro (y padre de algunos de sus hermanos), a quien reconocía como autoridad paterna.

Por ello, entendemos que además de quedar comprendido este caso en los supuestos contenidos en el inciso 2, art. 86, CP, el caso de A. encuadra también en los términos del inciso 1.

En tal sentido, se ha sostenido que la justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico.

Conforme a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP: "...si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro o puede ser evitado por otros medios." Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada (v. Zaffaroni, Eugenio, "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, 2006, p. 503).

Algunos magistrados también han delineado expresamente esta interpretación. Tal es el caso del voto de la Dra. Kogan en el caso "L.M.R.", en el que se requería el acceso al aborto legal en un caso de una mujer con discapacidad mental, embarazada como consecuencia de una violación; quien señaló si bien el caso había sido encarrilado primordialmente en torno de la aplicación del

inciso 2° del art. 86, CP, las características de una situación de hecho como la que se examinaba no habrían permitido descartar a priori un examen a la luz de los recaudos del inciso 1° del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio R. Zaffaroni (Del voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006).

En sentido similar se sostuvo que, el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del artículo 86, inciso 1°, CP, por lo que el encuadre en dicha premisa general tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso 2°, en tanto el embarazo es producto de una violación (Del voto del Dr. Loustaunau, C.Corr.Crim. Mar del Plata, O., M. V., rta. 21/02/2007).

Y lo cierto es, que en el sub lite se tuvo por cierto el riesgo a la salud y a la vida de la niña: Por ello el caso, además de estar comprendido en los supuestos contenidos en el inciso 2°, art. 86, CP, encuadra en las dos hipótesis previstas en el inciso 1°.

A partir del concepto que la vida tiene en los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22 CN), la interpretación propiciada del Art. 86 inc. 1 CP, es decir el aborto terapéutico fundado en el peligro para la vida o la salud de la madre se encuadra en el presente caso sin forzar de modo alguno su literalidad ni los arqumentos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define "salud" como el estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (v. http://www.who.int/features/factfiles/mental\_health/es/). La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. La Convención de los Derechos del Niño en sus art. 24, 25 y 26 habla del derecho a la salud y a la seguridad social del

niño. La combinación de "supervivencia y desarrollo" que aparece en los arts. 24 y 26 de la C.D.N tiene como finalidad hacer hincapié en el valor esencial de las actividades que realicen los Estados Partes, sobre la base de reforzar la salud de los niños mediante medidas preventivas de atención sanitaria. Esto no se limita a una perspectiva meramente física, sino que lo que se trata de garantizar es el pleno y armónico desarrollo (espiritual, moral y social), y la función fundamental de la educación en el logro de éste desarrollo (Weinberg, Inés, "Convención sobre los Derechos del Niño", Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 397).

En ese sentido, es dable destacar que el aborto terapéutico no es otra cosa que un estado de necesidad (art. 34 inc. 3°, CP), una situación en que se encuentra una persona que, como medio inevitable para salvar bienes jurídicos propios o de terceros, ataca un bien de menor entidad relativa. La comparación entre ambos bienes es siempre un concepto relativo, que cuando no surge del texto de una norma expresa se basa en la medición aconsejada equitativamente por las circunstancias del caso concreto.

De allí que se considere de vital importancia un pronunciamiento de V.E. que brinde certeza sobre los alcances de la norma y sobre la forma en que deben proceder las agencias públicas para no reiterar conductas que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, en tanto, los compromisos asumidos por nuestro país implican no sólo la obligación de respetar tales derechos (en el sentido de imponer límites a la actuación estatal para no violarlos), sino también el deber de garantía. En virtud de esta última obligación, los Estados tienen que "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, y párr. 166).

Sin embargo, es frecuente que el personal médico se niegue a practicar los abortos no punibles establecidos en el Código Penal y exija una autorización judicial para realizarlos, cuando en realidad son éstos y no los jueces quienes están capacitados para determinar cuándo existe un peligro para la vida o la salud de la madre. Y lo cierto es que, este requisito no está previsto en la ley y su exigencia impide, en muchos casos, el goce efectivo del derecho a la salud y a la autonomía.

El principio de respeto prohíbe las intervenciones arbitrarias de los Estados en el acceso al aborto justificado, ya que constituyen una vulneración de los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a la dignidad y a la vida, entre otros. El deber de garantía busca que se responda al acceso efectivo a los servicios legales y seguros para la interrupción del embarazo cuando se acreditan los supuestos en los que el aborto no es punible, como una medida para garantizar los derechos de las niñas involucradas en estos casos.

Dicho de otro modo, el principio de respeto impide a los funcionarios judiciales o sanitarios imponer requisitos no legales y trabas burocráticas que dilaten indebidamente el acceso al aborto permitido, y que además muchas veces implican una carga desproporcionada para las mujeres. Y el deber de garantía exige al Estado que implemente las acciones positivas necesarias para asegurar el acceso efectivo a la práctica médica a aquellas mujeres que deseen interrumpir un embarazo en los supuestos en los que la intervención está justificada, en los términos del art. 86 del CP.

No obstante ello, estos compromisos no lograron traducirse en prácticas vigentes, como quedó evidenciado en el caso que nos ocupa, en tanto la falta de implementación de las políticas públicas adecuadas que ayuden a las mujeres a evitar embarazos no deseados (planificación familiar, implementación de protocolos médicos que especifiquen qué debe entenderse por grave daño a la salud que justifique la interrupción del

embarazo), conducen a que tengan que recurrir a abortos clandestinos, y hacen que en Argentina las muertes por aborto sean la primera causa de muerte materna (v. Bergallo, Paola "Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado", Doctrina, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2010, Fascículo Nº 7, p. 1139), especialmente en adolescentes.

La salud de la mujer embarazada no es una cuestión menor. Según los datos de Unicef del año 2007, relativos a estado mundial de la infancia, se observa que una de cada tres mujeres en América Latina queda embarazada antes de cumplir los veinte años y una de cada 160 mujeres en la región muere como resultado del embarazo (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para la salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino", v. http://www.laleyonline.com.ar).

En base a lo hasta aquí delineado, en cuanto al caso sujeto bajo análisis y al largo recorrido que tuvo que emprender nuestra defendida para obtener un pronunciamiento judicial que la habilitara a llevar a cabo la práctica legalmente, conviene ahora sí, repasar las distintas interpretaciones del artículo en cuestión, como así también evaluar cuál es el límite del poder punitivo del Estado en casos como el de autos.

V.- La normativa cuya interpretación se cuestiona.

V.1.- Facultades y obligaciones del Estado en materia penal

El ser humano es causa y fin del Derecho (Hominum causa omne ius costitutum est, L. 2, D. De st. Hom., 1,5.). La vida humana tiene un valor intrínseco, en el sentido de que una decisión como la discutida en autos excluye consideraciones instrumentales —las vidas no pueden ser utilizadas como medio para otras vidas—, cuantitativas—muchas vidas no valen más que una-, y subjetivas—el valor personal asignado por cada

uno no cuenta en principio, al igual que el económico o cultural— (cf. Dworkin, Ronald, "El dominio de la vida", ed. Ariel, Barcelona, 1994, cap. III, p. 93 y ss.). Por ese orden de razones, debe concluirse que una despenalización in totum del delito de aborto no podría admitirse, ya que lo contrario implicaría permitir que cualquier persona pudiera disponer del fruto de la concepción, incluso en contra de la voluntad de la madre. Ello así, ya sea que se considere a la persona por nacer como una persona actual o un estadio previo que carece de autonomía por formar parte del cuerpo de la madre, dado que una discusión tal parece en principio irrelevante para la resolución del sub lite, pues tanto en uno como en otro caso la ley protege, en general, tanto la vida y los intereses del concebido como de la persona ya nacida.

Sin embargo, la ley los protege de manera diferente, tanto en sede civil como en penal. El Derecho Civil declama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 63 Cód. Civil), pero priva a las personas por nacer de la mayoría de lo que suelen considerarse atributos fundamentales de las personas, como el nombre, estado y domicilio. Tampoco pueden adquirir todos los derechos, sino sólo algunos, como si hubiesen nacido (art. 70 Cód. Civil). Y no pueden contraer obligaciones, ya que se lo considera como si hubiesen nacido solamente para todo lo que sea favorable, lo cual contradice el concepto mismo de persona (todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, art. 30 Cód. Civil). El remate de esta situación ficcional, donde una persona por nacer se considera como si fuese igual que una persona nacida, acarrea otra irrealidad que es pura creación legal, dado que si naciere sin vida o muriese antes de estar completamente separado del seno materno, se considera al feto como si nunca hubiese existido (art. 74 Cód. Civil).

La distinción marcada por el nacimiento responde precisamente a ese incontrastable dato de la realidad. Toda utilización de ficciones y especialmente aquellas que siguen la filosofía del "como si", tal como la establecida expresamente por el legislador civil, además de tener un cierto sustrato real, únicamente resultan admisibles si justifican utilitariamente el deliberado y práctico desvío de la realidad en que incurren (cf. Marí, Enrique, "La teoría de las ficciones", ed. Eudeba, 2002, cap. XII, "Hans Vaihinger y las ficciones del "como si""). Esto no implica negar el estatus de persona del nasciturus, sino precisamente reconocerlo y a la par destacar que, como es un concepto jurídico inventado por el Derecho, responde a razones esencialmente pragmáticas, entre las cuales se revela como principal la protección de la vida del concebido, pero sin descartar otras, en base a las cuales no se establecen legalmente los mismos derechos que las personas ya nacidas. A juicio de Alfredo Orgaz, el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador, incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el Derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos, vgr. personas jurídicas o de existencia ideal (v. Orgaz, Alfredo, "Personas Individuales", Ed. Depalma, 1946, págs. 34). Obviamente, la ley protege la vida y los intereses del concebido por respeto a la vida humana, que ya existe, pero sin olvidar la diferencia signada por el nacimiento.

Este modo de ver las cosas fue receptado por V.E. en el caso "Sánchez", donde, reconociendo la calidad de persona del concebido a los fines de conceder la indemnización prevista por la ley 24.411, a la abuela del por nacer, admitió el reclamo a tal beneficio indemnizatorio por iure propio, en virtud del daño que la pérdida del embarazo a término le ocasionaba. Así se sostuvo: "...el art. 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art. 63 señala como especie del género "persona" a las "personas por nacer", definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están

concebidas en el seno materno, 10) Que el propio Orgaz enfoca la cuestión al distinquir el concepto de "hombre" del de "persona", y dice "...Persona es, por tanto, quien tiene la aptitud de poder ser titular de derechos y de deberes. Como se trata de una aptitud 'jurídica', es claro que ella emana del derecho y sólo tiene sentido y validez dentro del derecho. La personalidad, por consiguiente, no es una cualidad 'natural', algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares..." (op. cit. pág. 7). Remarca la distinción entre "persona" e "individuo humano" afirmando que la personalidad es "un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles" (op. cit. páq. 12)". 11) (...) Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión." (C.S.J.N., S. 1091. XLI., "Sánchez, Elvira Berta c. M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (Resol 409/01)", rta. el 22/5/2007).

La perspectiva sostenida en el precedente citado, en el sentido de considerar que las personas por nacer no significan jurídicamente lo mismo para la ley que las personas ya nacidas, más allá de compartir el sustrato común de vida humana, también fue relevada por V.E. en el caso "Blanco", donde, interpretando los alcances de la ley 24.043, negó que la privación ilegal de la libertad que sufriera su madre, mientras el causante se hallaba en el vientre materno, menoscabara de algún modo su libertad física o ambulatoria. Por ello, pese a ser persona, pero indudablemente derivado del hecho de no haber nacido aún, no podía ser sujeto pasivo del delito de privación de la libertad que su madre había sufrido. Así, se afirmó: "7°) Que resultan completamente diferentes las circunstancias que se presentan en autos, donde el actor Blanco reclama la reparación por haber estado en el seno de su madre cuando aquélla fuera privada de su libertad del 24 de noviembre al 24 de diciembre de 1978. En este sentido, no es posible afirmar que Blanco, en tales condiciones, ha sufrido un menoscabo a su libertad física o ambulatoria, ni tampoco —aun con una lectura más abarcadora— que haya visto limitada de algún modo su esfera de actuación o de libre decisión, por lo que el caso excede el ámbito de aplicación encuadrado bajo las previsiones de la ley 24.043." (cf. C.S.J.N., B. 718. XLII, "Blanco, Luciano Ramón c. Mº J y DDHH - art. 3 ley 24.043 (resol. 399/03)", sentencia del 12/8/2008).

Con respecto al Derecho Penal, nuestro código de fondo estructura los delitos contra la vida bajo dos formas principales: el homicidio y el aborto, cuya frontera viene dada por el nacimiento de la persona, a partir de la cual se tornan aplicables las mayores penalidades previstas por el art. 79 y ss. CP. La regulación del delito de aborto se caracteriza por estar basada en los criterios siquientes: a) represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre (art. 85, inc. 10, CP) y menos grave para quien lo realiza mediante violencias sin intención (art. 87 CP.); b) represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2, CP); c) represión atenuada de la mujer que se práctica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero (art. 88 CP.); d) impunidad de los llamados aborto terapéutico, eugenésico, y sentimental —cuya discusión aquí se plantea— (art. 86 CP), como así también de la tentativa de aborto causada por la propia mujer (art. 88 in fine, CP).

De la manera como el legislador argentino reguló los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que el presupuesto tomado en consideración es, en primer lugar, la protección del bien jurídico vida humana desde su etapa embrionaria. A la vez, nuestro Código Penal estima, bajo ciertas circunstancias, como diferentes la persona por nacer y la persona ya nacida, lo que se deduce además de las constataciones que se enuncian a continuación:

- a. Distinción clara entre aborto y homicidio.
- b. No sanción del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio culposo (art. 84 CP).
- c. Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionaria, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico, eugenésico y sentimental, que aquí se discute).
- d. No sanción de las lesiones causadas, dolosa o culposamente, al feto. Tales hechos que son reprimidos como lesiones (daños a la integridad corporal o a la salud física o mental) cuando se trata de un ser humano ya nacido (arts. 89, 90 y 91 CP).
- e. No sanción de la tentativa de aborto protagonizada por la propia mujer.
- f. La severidad de las penas previstas en caso de homicidio, en relación con las estatuidas para el aborto, muestra claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto.

Esa forma de legislar con relación al aborto es común a todos los crímenes, y en especial con respecto a los delitos contra las personas ya nacidas, donde algunas muertes no son tenidas en cuenta para aplicar una sanción por el derecho penal porque no son típicas, otras porque se encuentran justificadas, unas porque la conducta no es culpable, y otras por razones de política criminal, (art. 34 CP). En las que caen bajo su dominio, algunas prevén una pena determinada para el autor (Art. 79 CP.), otras establecen penas menos graves (art. 81, 82, 83, y 84 CP.), o en otros casos, sanciones mucho más graves (art. 80 CP).

La renuncia a la criminalización del aborto en determinados casos (art. 86 CP) no implica renuncia a la protección del derecho a la vida, porque el Derecho Penal es solamente uno de los aspectos que otorgan relevancia a ese valor vida. De hecho, ello puede observarse en los ataques a la vida de la persona ya nacida, cuya destrucción se halla sancionada por el delito de homicidio, pero el Estado puede no aplicar pena, pese a la muerte de una persona, cuando no concurre una acción típica, antijurídica y culpable.

Ello deja al descubierto también que, aún para el derecho penal, la muerte de una persona causada por otro no siempre será seguida de una pena (v. Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino". Ed. Tea, 1978, T. I, p. 302). Y también marca que la protección de un derecho no siempre implica la aplicación del derecho penal. Por ejemplo, medidas de seguridad social son constitucionalmente exigibles para el nasciturus y nada tiene que ver el Derecho Penal con ello (art. 75, inc. 23, C.N.). Para una absoluta postura contraria, estarían derogadas la legítima defensa (en más de un caso se han visto implicadas mujeres embarazadas como sujetos activos en homicidios, robos con armas y secuestros extorsivos), el estado de necesidad, el cumplimiento de la ley, el error de tipo, el caso fortuito, el estado de necesidad exculpante, la inimputabilidad y la inculpabilidad en general. Es decir, de un plumazo se borraría toda la construcción que a través de siglos se realizó en orden a la aplicación de una pena con sólidas bases constitucionales. A su vez, también implicaría exigir la criminalización y la aplicación de penas como consecuencia de todas las violaciones a todos los derechos, trasformando así al Derecho Penal en una rama omnicomprensiva de todas las ramas jurídicas, olvidando que en realidad es la ultima ratio, debido a su carácter esencialmente subsidiario y fragmentario.

En esa inteligencia, conviene señalar que aún cuando en nuestro medio no esté suficientemente resuelto el problema de si —y en su caso, con qué requisitos— el legislador puede estar obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos, lo que es seguro es que no existe un mandato constitucional de punición absoluta en todos los casos. La circunstancia de que nuestra legislación otorgue protección a la vida humana desde el momento de la concepción no resulta suficiente para justificar la penalización total sin excepciones, en especial si se considera que dicha tutela, de igual modo que la protección de otros bienes jurídicos, puede asumir formas diferentes a la adopción de políticas públicas represivas.

A la hora de abordar esta cuestión no debe incurrirse en una interpretación panpenalista (Cf. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", Editorial Trotta, 1995, pág. 702), entendiendo erróneamente que lo que no está previsto por una ley penal sencillamente no está protegido por el ordenamiento jurídico. En efecto, aunque el reconocimiento de la existencia de un bien jurídico crea para el Estado la obligación de protegerlo, ello no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales (Gullco, Hernán "¿Es inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?" en Doctrina Penal, Nº 11, Año 1988, págs. 499 y 500).

Por su parte, Roxin señala con certeza que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento iurídico. El derecho penal sólo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídicotécnicas, y las sanciones no penales. Por ello, se denomina a la pena como ultima ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos (Cf. Roxin, Claus, "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997). A su vez, la categoría de bien jurídico, como límite al ejercicio penal, requiere de la lesión a un bien para justificar su prohibición y punición como delito, lo que se erige como condición necesaria, pero nunca suficiente para ello (Cf. Ferrajoli, ob. cit., pág. 471).

Como se verá en el siguiente apartado, el art. 86 del CP, enumera supuestos que justifican la práctica del aborto por entender que ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en pugna, se debe necesariamente sacrificar alquno de los bienes jurídicos en juego. La interrupción del embarazo en estos supuestos está íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho a la integridad —tanto física como mental—. Así lo ha entendido Zaffaroni: "La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico" (Zaffaroni, ob. cit., p. 503).

V.2.- Constitucionalidad del artículo 86 CP

#### V.2.a).- La norma

En su redacción actual, el artículo 86, segundo párrafo, del Código Penal argentino establece que: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º 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 fuente del precepto bajo análisis fue el Anteproyecto de Código Suizo de 1916, en su versión en francés del original en alemán. El resultado de este peculiar recorrido dio lugar a un texto cuyos alcances aún se discuten. El anteproyecto suizo, en su original en alemán, distinguía claramente tres situaciones en las que el aborto estaba permitido: por un lado, en el supuesto de violación (Notzucht), es decir el acceso carnal logrado mediante fuerza o intimidación,

que se traduce literalmente como "cría en emergencia", pero significativa de reproducción forzada; y la profanación o estupro (Schändung), que proviene del verbo desdorar, mancillar (Schänden), que se debe interpretar como el ataque sexual contra alguien incapaz de consentimiento válido (además de las mujeres con alteraciones mentales —llamadas entonces "idiotas"— se incluían en este caso a las que estuvieran inconscientes y a las que por cualquier otra razón no pudieran consentir el acto, Cf. Niño, Luis, "Acerca del régimen legal para la interrupción voluntaria del embarazo", Libro homenaje a Nelly Minyersky, en prensa. y voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006, consid. 15). El tercer supuesto previsto en el antecedente, que es mencionado expresamente en las consideraciones de la comisión legislativa, aunque no aclarado expresamente en la legislación nacional, era cuando el embarazo provenía de un incesto. El problema que presenta la norma, entonces, responde al hecho de que al realizarse la traducción no se reparó en la circunstancia de que el derecho alemán emplea nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de mujer insana o incapaz de consentir, a diferencia de lo que ocurren con el artículo 119, CP, que designaba, en su anterior redacción, con la palabra "violación" todos esos supuestos (Cf. Soler, ob. cit., T 3, p. 114).

Pues bien, la expresión "Schändung" del alemán, fue traducida al francés como "attentat à la pudeur d'une femme idiote, alinée, inconsciente ou incapable de résistence". La traducción literal de la versión francesa al español arrojó como resultado la incorporación a nuestro Código Penal de una expresión equívoca y extraña a nuestra terminología, como es "atentado al pudor", concepto que no figura en otra parte del Código Penal (Cf. Soler, ob cit, p. 114; Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte Especial", T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 195).

Por su parte, la discusión parlamentaria de la norma giró preponderante-

mente en torno al fin eugenésico. En este sentido se expresó en 1922 la Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso la incorporación de este artículo, al celebrar en su informe que ésta fuera, "...la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado" (v. Moreno (h), Rodolfo, "El Código Penal y sus antecedentes", Buenos Aires, H.A. Tomassi, 1922/1923, Tomo III, p. 420).

Como veremos, el resultado de la adaptación al castellano del texto en francés ha traído como consecuencia distintas disquisiciones del inciso 2º. Conforme a la interpretación restrictiva, este inciso autorizaría la interrupción del embarazo sólo ante el supuesto de violación de una mujer insana, mientras que la interpretación amplia incluye en el permiso otros casos en los que el embarazo fue impuesto a la mujer por conductas ilícitas. La mayor extensión de la norma es sostenida por la doctrina mayoritaria (Zaffaroni, ob. y lugar citados, Donna, ob. y lugar citados; Soler, Sebastián, ob cit., p. 107 y ss; Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", ed. Abeledo Perrot, 1983; T. IV, p. 255; Terán Lomas; Roberto A.M., "El aborto de la mujer víctima de violación", en J.A. t. 29, 1975, p. 453; Jiménez de Asúa, Luis, "El aborto y su impunidad", La Ley t. 26, p. 977; Molinario, Alfredo J., "Los delitos", ed. Tea, 1996, p. 217; Gómez, Eusebio, "Tratado de Derecho Penal", Compañía argentina de editores, 1939, T.II, p. 144; y Ramos; Juan P. "Curso de Derecho Penal. Segunda Parte", Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1957, t. V, p. 73/74).

Sin embargo, antes de analizar cuáles son los postulados de las distintas corrientes y las consecuencias de sostener una u otra interpretación, resulta de interés analizar el contexto histórico en el que la norma fue incluida en nuestro orden jurídico. Se considera que esta perspectiva permitirá explicar el surgimiento de las exégesis restrictivas, a la vez que echará luz sobre su insostenibilidad actual.

V.2.b).- Contexto histórico

Si bien hoy es fácilmente reconocible que, además de la vida intrauterina, existen otros bienes jurídicos cuyo resguardo se persigue en la regulación penal del aborto, que son los derechos en cabeza de la mujer embarazada como su vida, su salud, su integridad psicofísica, su dignidad o su autonomía; es ciertamente destacable que tal reconocimiento no acontecía en los albores de la regulación.

La realidad de las mujeres al momento de sancionarse el artículo 86, CP era completamente diferente a lo que es en estos tiempos. Las mujeres eran prácticamente desconocidas como sujetos de derechos, ya que no se les reconocía la titularidad de derechos civiles ni políticos. En cuanto a los derechos políticos, sabido es que el sufragio femenino no se obtuvo hasta 1947, y ninguna mujer ocupó una banca en el Congreso Nacional hasta 1951; lo que significa que las mujeres no formaron parte de las discusiones parlamentarias que precedieron la regulación de los derechos en general, y en especial, de delitos tales como los sexuales o el aborto. En cuanto a la legislación civil, mención especial merece la regulación destinada a las mujeres casadas. De acuerdo al Código Civil de 1869, al contraer matrimonio las mujeres quedaban bajo una especie de tutela del marido: la ley civil declaraba de modo expreso la incapacidad relativa de la mujer casada (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original) y las colocaba bajo la representación necesaria del marido (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original). Al contraer matrimonio, las mujeres no podían ser sujetos de contratos sin la licencia del esposo, de modo tal que cabía a éste decidir sobre los trabajos y las profesiones de la esposa, ni podían administrar sus propios bienes. Tampoco podían estar en juicio sin licencia especial del marido (Cf. Barrancos, Dora, "Inferioridad jurídica y encierro doméstico", en Historia de las mujeres en la Argentina, T. I., Colonia

y S. XIX, Fernanda Gil Lozano, Valeria Silvina Pita y María Gabriela Ini, dir., Editorial Taurus, Buenos Aires, 2000, p. 112 y ss.). Sobre esa situación jurídica de incapaz de la mujer coincide toda la doctrina civilista (v. por todos, Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil Parte General", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, Tomo I, p. 572, nota 180). Ciertamente, el lugar de inferioridad jurídica que se deparaba a las mujeres hasta mediados del siglo XX influyó para que el espíritu orientador en la protección contra los abusos sexuales, lejos haya estado de afirmarse en la libertad de elección y en la integridad sexual.

En efecto, en ese marco histórico y social, la ley penal reguló los ataques sexuales en el Título II, CP, bajo el título "Delitos contra la honestidad". En lugar de buscar proteger la libertad e integridad sexual de las mujeres, la regulación de los ataques sexuales buscaba resquardar el honor y nombre de quienes eran sus "dueños", responsables o tutores: sus maridos, padres, hermanos, etc. (Cf. Rodríguez, Marcela, "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas", en Las trampas del poder punitivo, Birgin, Haydée comp., Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 151). Y no podía ser de otra forma; el acento de lo ilícito no podía colocarse en la lesión a la libertad de la mujer, pues precisamente su virtud y su reputación descansaban en la limitación de su sexualidad a los confines del matrimonio. La apelación a la honestidad consolidaba el imaginario reductor de la mujer por razón de las naturales funciones sexuales y de procreación de la esposa, y la idea de su fragilidad por razón del peligro de que le fuera arrebatada la honra, con el consiguiente ultraje al marido o a la familia que la tutela hasta tanto se despose (Cf. Asúa Batarrita, Adela, "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en Género, violencia y derecho, Laurenzo, Patricia; Magueda, María Luisa y Rubio, Ana Coord., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 106 y ss.). Existía, por tanto, una "cosificación" de la honestidad de la mujer: ésta era valiosa y debía protegerse jurídicamente, en la medida en la que de esta forma se aseguraba el interés que determinados varones tenían sobre esa mujer.

Entonces, como la libertad sexual, integridad sexual y dignidad de las mujeres no eran bienes jurídicos tutelados por el Código Penal, es entendible que este argumento haya estado ausente en la discusión parlamentaria sobre los casos de aborto justificados. Estas circunstancias también son útiles para explicar las interpretaciones restrictivas que surgieron alrededor del artículo 86, inciso 2°, CP, conforme a las cuales la norma excluiría de sus alcances a las mujeres que resulten embarazadas luego de una violación, pero que tengan pleno uso de sus facultades mentales. Aquella falta de reconocimiento de los derechos femeninos, sumado a una confusa traducción de la versión originaria de la norma, ha favorecido la elucubración y persistencia de una exégesis que desconoce derechos elementales. Por tanto, tal interpretación, a más de incorrecta, se revela inconstitucional.

La ley nº 25.087, de Delitos contra la Integridad Sexual, modificó en 1999 el Código Penal en lo relativo a los delitos sexuales y reconceptualizó el bien jurídico tutelado por tales normas. El Título III del Código pasó a llamarse "Delitos contra la integridad sexual de las personas". El cambio propuesto apunta a incriminar actos que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres y los hombres, que significan una agresión sexual contra la autodeterminación como seres humanos, personas libres para decidir sobre su sexualidad y sobre su propio cuerpo. En este sentido, la nueva ley concibe las agresiones sexuales como una injuria a la integridad de la víctima y no a su pureza o castidad, o al honor de algún varón. Poniendo énfasis en que el bien jurídico que se busca custodiar es la integridad y dignidad de las personas, independiente de cualquier otra consideración, además de modificarse el título, se elimina toda referencia a la honestidad y al estado civil de las víctimas (Cf. Rodríguez, ob. cit., p. 151/153).

Una interpretación sistémica de nuestro orden jurídico exige que la exégesis del artículo 86, CP, tenga en cuenta la tutela que brinda la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y la legislación dictada en consecuencia, entre la que se encuentra el Código Penal, a los derechos de las mujeres que se encuentran vulnerados cuando resultan embarazadas como consecuencia de una violación sexual.

Las posturas que restringen el alcance del artículo 86, inciso 2°, CP, desconocen esta protección y constituyen, por tanto, rémoras de épocas en las que se desconocía a las mujeres como sujetos de derecho.

Cabe resaltar que la regulación tradicional de los delitos sexuales como "delitos contra la honestidad" se ha extendido hasta hace poco más de 10 años. Por ello, no puede asombrarnos que las pautas de interpretación largamente asentadas en aquella regulación desplieguen todavía su influencia en numerosos aspectos, tal como sucede en el caso de la interpretación del artículo 86 CP.

V.2.c).- Inconstitucionalidad de la exégesis restrictiva

De acuerdo al principio de legalidad, no hay delito sin ley penal previa, escrita y formal, emitida por los órganos políticos autorizados por la Constitución Nacional. Conforme a este principio, el ejercicio del poder punitivo del estado es admitido si, y sólo si ha sido previsto por el poder encargado de tal determinación, impidiendo la aplicación de penas por conductas que escapan a la letra de la ley. De este principio se deriva uno más específico, conocido como "Principio de interpretación estricta". La idea básica que subyace a este principio es la siguiente: los jueces deben abstenerse de condenar en aquellos casos en los que sea dudoso que la ley penal autorice la condenación.

Como consecuencia ineludible de la imprecisión propia del lenguaje, resultan dudas interpretativas que no se pueden sortear. Por ello, se espera del legislador la mayor precisión semántica, mientras que incumbe a los jueces —al tiempo de interpretar la ley— la máxima taxatividad legal. Ante las oscuridades de la norma, entra en juego el principio de interpretación estricta: los jueces pueden ir por la solución más extrema v declarar la inconstitucionalidad de la ley, o avocarse a la máxima taxatividad en la interpretación y otorgar al texto el sentido más restrictivo de poder punitivo (Zaffaroni, Raúl, "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 98/120). En consecuencia, como se señaló, si el lenguaje de los textos legales en juego es tal que es dudoso si un caso individual es punible o no lo es, los jueces deben sencillamente abstenerse de condenar.

La misma lógica que prohíbe extender las condiciones objetivas de punibilidad, prohíbe restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad. Sobre este aspecto, Roxin advierte, que está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad [...] pues de ese modo simultáneamente se está ampliando, más allá del actual tenor literal de la ley, la punibilidad de guien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias (v. Roxin, Claus, ob. cit., págs. 150-151).

En efecto, limitar la interpretación de la excepción significa tanto como ampliar el delito genérico, lo que equivale a no respetar el principio de legalidad: si se considerara que el aborto practicado para resguardar la salud de la mujer embarazada no estaba justificado, significaría que la mujer que prestó consentimiento para salvar su vida también cometió el delito de aborto. Lo mismo cabe afirmar sobre la interrupción de un embarazo sobre una mujer sana que fue

violada; la interpretación restringida de la norma conlleva una indebida ampliación del tipo penal.

En conclusión, la exégesis restrictiva del artículo 86 no tiene cabida en nuestro marco constitucional.

Al respecto es dable recordar que V.E. tiene dicho que: "las leyes no deben ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley —y en especial la Constitución— tiene, por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción." (Fallos 330:4988) pues, "la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial" (Fallos: 331:1262).

## V.3.- Análisis actual

En este acápite se presentarán otras razones que llevan al convencimiento de que las tesis restrictivas sobre los alcances del artículo 86, CP deben desecharse. Para ello, se analizarán a continuación los argumentos que suelen presentarse para justificar la posición estrecha y se las contrapondrá con las razones esgrimidas a favor de la exégesis amplia. Si bien el planteo del recurrente hace alusión a los alcances del inciso 2º, artículo 86 CP, de la lectura de la sentencia apelada surge que en el caso estaba acreditada la afectación a su salud psíquica y que ello acarreaba riesgo a su vida. Por tales motivos, corresponde abocarse a examinar los alcances de ambos incisos de la norma en cuestión.

# V.3.a).- Artículo 86, inciso 1º CP

Como se mencionó, las interpretaciones restrictivas alrededor del inciso 1º giran en torno a desconocer el permiso en caso de peligro para la salud, restringir el concepto de "salud", a salud física, o exigir la acreditación de gravedad del riesgo.

El artículo 86, CP, en su 1º inciso autoriza la interrupción del embarazo cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer. Claramente se observa que el llamado "aborto terapéutico" se habilita ya sea que corra peligro la vida de la mujer, o que corra peligro su salud, descartando la claridad de la norma toda reducción al sólo peligro para la vida de la mujer.

Con respecto al alcance que se le debe dar a los permisos allí contenidos, el principio de legalidad al que ya se hizo referencia descarta por completo aquellas interpretaciones que excluyen los supuestos previstos de modo expreso por la ley. Así, el principio mentado rechaza cualquier exégesis que excluya de los casos justificados los supuestos de afectación para la salud de la mujer embarazada, o que exija certeza del resultado lesivo para su vida o su salud.

En relación con el significado que se debe otorgar al concepto de salud, Edgardo Donna explica que "no se trata del puro funcionamiento orgánico, físico, sino que está incluido el daño psíquico. Sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc." (Donna, Edgardo, "La necesidad como base del aborto iustificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho de Familia, LexisNexis, 2006-I, p. 160). A favor de este entendimiento se pronunció calificada doctrina y jurisprudencia (Cf. Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud, 2007, cit.; Declaración de juristas sobre la Guía para la atención integral de los abortos no punibles, cit.; Observatorio Argentino de Bioética, "Aborto por motivos terapéuticos...", ob. cit.; Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, ob. cit.; Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, ob. cit.; entre otros).

Por tanto, es preciso acatar un entendimiento integral de "salud", como: "un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades o afecciones", de acuerdo a la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud

V.3.b).- Artículo 86, inciso 2º CP

De admitirse que el permiso legal contenido en el inciso 2º del artículo 86, CP únicamente autoriza la interrupción del embarazo de una mujer violada que además es insana, se generaría un efecto de discriminación respecto a otras mujeres violadas que no tienen afectadas sus facultades mentales. Mientras que en el caso de las primeras se considera su derecho a la dignidad y a no ser tratadas como un mero receptáculo u objeto de reproducción, se desconocería igual derecho de las segundas. La interpretación restrictiva, de este modo, vulnera también el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación. En este sentido, se ha dicho que "[ni] la historia del texto legal ni los principios constitucionales en juego permiten concluir que nuestro sistema institucional autoriza el aborto de la mujer violada que sufre de una discapacidad mental mientras se lo niega a la que carece de tal, imponiéndole una maternidad forzada por la violencia" (Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena, "El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina", en Informe Anual del CELS 2009: Derechos Humanos en Argentina, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, p. 469. En sentido similar, Faerman, Romina, "Algunos debates constitucionales sobre el aborto", en Teoría v Crítica del Derecho Constitucional, T. II, Coord. Gargarella, Roberto, Abeledo Perrot, 2008, p. 677/678).

Tampoco podría admitirse que ese alcance restringido está dado por la situación de mayor afectación que representa que la víctima insana no pueda comprender y procesar lo que le sucede, porque de ser ese el fundamento, cabe preguntarse: ¿por qué no se reconocería tal permiso a las niñas que han sido víctimas de una violación? Pues, si se limitara la cuestión a la afectación a su salud psíquica o física, la norma sería

también redundante, pues esos supuestos quedan alcanzados por el inciso 1°. El inciso 2° no exige acreditación de la afectación de la salud (aunque es previsible que esa afectación esté presente ante un embarazo que sea resultado de una violación). Los extremos a acreditar son distintos, y sólo le cabe a la mujer en cuestión decidir si prefiere someterse a un examen destinado a indagar en algo tan íntimo como su salud psíquica, o si opta por acreditar seriamente que fue víctima de una violación.

Además, la tesis restrictiva también invoca argumentos gramaticales para apoyar su interpretación. En ese sentido sostienen que, si se hubiera querido incorporar dos supuestos diferenciados, se tendría que haber incluido una "coma" antes de la "o", para separar los términos "violación o atentado al pudor", y se invoca en apoyo de esa postura la coma que sí estaba incluida en la fuente de la norma.

No obstante, al remitirse al anteproyecto suizo se comprueba que la inclusión de la "coma" era al sólo efecto de separar dos de los tres supuestos enunciados. Nuestro Código omitió el último supuesto por lo que la "coma" se torna innecesaria, sin que signifique que todo se reduce a un sólo supuesto. Así lo ha destacado Jiménez de Asúa, al sostener que "aun cuando no supone una incorrección ortográfica poner coma antes de las conjunciones (pues en algún caso excepcional puede resultar necesario) lo cierto es que de ordinario ellas no van antecedidas de ese signo" (Cf. Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 977). En general, la coma no se emplea cuando los elementos conjuntivos de una categoría gramatical semejante están ligados por las conjunciones "y", "e", "ni", "o", "u" (Cf. Cipriano, Néstor Aníbal, "El uso de la coma", ed. Depalma, 1999, p. 59).

También en base a aspectos gramaticales, se despliega otra divergencia en cuanto al requerimiento del consentimiento del representante legal 'en este caso'. Según los partidarios de la tesis restringida, cuando el Código señala que "en este caso, el consentimiento de

su representante legal deberá ser requerido", pondría en evidencia que se trata de un único supuesto, dado que no cabe exigir el consentimiento del representante si la mujer es capaz.

No puede olvidarse que para la época de redacción de la norma bajo análisis, según el Código Civil, la mujer era considerada "incapaz" (v. por todos, Llambías, Jorge Joaquín, ob. cit., T. I, p. 570/573) y su marido era el representante legal, obviamente necesario para avalar la decisión de la mujer en las pretéritas épocas de sanción de la norma, donde sus elecciones no eran consideradas válidas, en general, por el derecho. Por ende, la referencia al consentimiento del representante no aporta argumentos sólidos para avalar la tesis restrictiva, porque tanto en uno como en otro caso, (sea por razones de sexo o por enfermedad) se requería la venia del representante legal. Esto demuestra lo anacrónico de la norma y la necesidad de una reinterpretación a la luz de la Constitución Nacional.

En nuestra opinión, no obstante abarcar varias hipótesis, consideramos que la ratio legis bajo la cual puede reconducirse la norma es unitaria, pero en un nuevo sentido. Lo que tienen en común los dos supuestos abarcados por el inciso 2º del art. 86, conocidos como sentimental y eugenésico, es que las mujeres fueron víctimas de violación. Esta circunstancia, además de guardar una real conexión racional con el delito interpretado (aborto), pues vincula el estado de gravidez con el acto criminal que lo generó, demuestra a la vez que la procreación no fue el resultado de la libre elección y decisión de la mujer, sino que le fue impuesta por un acto delictivo, afectando gravemente no solamente su integridad sexual, sino también el derecho a su autonomía procreativa. Pensamos que la exégesis restrictiva ha otorgado una desmesurada relevancia a una pretensa finalidad eugenésica, que es discutible ya que no surge expresamente del texto legal. La voluntad del legislador no siempre es la voluntad objetivamente reflejada en la ley, ya que

de lo contrario la tarea del juez se limitaría a la de mero historiador del derecho. En particular, una aclaración tal cobra importancia a poco de considerar el diferente status que la ley otorgaba a la mujer de aquellos tiempos, bien disímil al vigente en el presente, de acuerdo a la reseña antes efectuada, de la cual se desprende una ostensible preterición de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, derechos fundamentales que hoy no pueden soslayarse. Por ende, debe estarse a las palabras de la ley (atentado al pudor de una mujer idiota o demente), que inequívocamente reflejan un sujeto pasivo cuyo discernimiento se halla afectado por salud mental. El llamado aborto "eugenésico" en realidad no sería tal, sino un aborto no punible por falta de consentimiento de la víctima al provenir el embarazo de un abuso sexual, especialmente destacado por la incapacidad relativa emergente de su estado de salud, situación que torna exigible además el consentimiento del representante legal. Si esta premisa es correcta, no existe inconveniente alguno para extender también la falta de punibilidad a todas las mujeres cuyo embarazo fue producido por la misma clase de acto criminal (violación), pues el texto legal y las razones antes expuestas permiten su inclusión. Se correlacionan así el delito sexual que le dio origen con el delito cuya punibilidad se discute, cobrando además vocación aplicativa los demás argumentos aportados por la postura amplia. A ello se añaden las muy especiales circunstancias derivadas de la violación, que en hechos como los analizados en la especie afectan tanto la integridad física como psíguica del sujeto pasivo, máxime si se trata de una niña y el abuso sexual fue cometido por un adulto que cumplía el rol de padre. En palabras de Dworkin, la violación no es simplemente la ausencia de consentimiento y deseo de la víctima, pues además de ser exactamente lo opuesto a ello, reduce a la mujer a un mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alquien cuyo amor propio y sentido de

sí misma no tiene significación alguna excepto como vehículo de degradación sádica, en condiciones especialmente horribles por la posibilidad de que se conciba un ser humano con resultado de ese crimen (ob. cit., pág. 126/130). En esa inteligencia, la denominación y contenido del llamado aborto "sentimental" para la interrupción del embarazo no punible por haber sido resultado de una violación, resulta demasiado estrecha y poco respetuosa de los derechos constitucionales involucrados, y se revela además como peyorativa, puesto que en realidad no reconoce en toda su magnitud que el embarazo proviene de un crimen que atentó contra la integridad sexual de la mujer y contra su autonomía procreativa. Ello aparece evidente si se recuerda que, en una muestra de discriminación inaceptable en el presente, se llegó a negar causas sentimentales en el aborto de la joven violada por su novio, la campesina forzada por el jornalero, o la sirvienta por su patrono, aunque se lo aceptaba para las mujeres de "selecta sensibilidad" (Jiménez de Asúa, ob. cit. p. 1000). En síntesis, una postura adversa implicaría excluir, sin razones constitucionalmente válidas y por el contrario con efectos netamente discriminatorios, al resto de las mujeres afectadas por la misma clase de delitos.

En virtud de todo lo expuesto, no caben dudas de que la interpretación correcta del precepto legal en cuestión, armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es la interpretación amplia de los supuestos de aborto no punible. Esta exégesis, además de ser la que mejor se condice con los estándares constitucionales e internacionales, encuentra sustento en la letra de la norma.

VI. Convencionalidad del art. 86 CP

A continuación profundizaremos el análisis de constitucionalidad en función de los pactos internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, integran nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional por mandato del art. 75 inc. 22. Entre los diversos tratados internacionales se encuentran: la

Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCyP); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional especifica que estas convenciones se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia". Esto significa que los instrumentos internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos. Así lo entendió VE, en el caso "Giroldi", en el que sostuvo que la frase "las condiciones de su vigencia" significa "tal como la [Convención Americana sobre Derechos Humanos] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" (Fallos, 318:514, cons. 11). Vale decir que las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas.

Así, V.E. otorgó a la jurisprudencia emanada de los respectivos órganos de aplicación de los tratados un valor destacado. En esta línea, varios precedentes de este Máximo Tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte IDH) es vinculante para el Estado cuando interpreta la Convención Americana (Cf. Fallos, 315:1492; Fallos, 318:514; Fallos, 319:3148; Fallos, 321:3555; Fallos, 328:341; Fallos, 327:5668; Fallos, 328:2056).

La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos, 328:2056, voto del Dr. Maqueda, cons. 64).

Ya con anterioridad, en referencia a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso Bulacio (Cf. Corte IDH. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100) V.E. había reconocido que las decisiones del Tribunal Interamericano eran de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual la Corte Suprema también debía subordinar el contenido de sus decisiones a lo pautado por el Tribunal internacional a fin de no comprometer la responsabilidad del Estado (Fallos: 327:5668, cons. 6).

Del análisis que se hará a continuación se desprende que la interpretación propiciada del artículo 86, CP no sólo no colisiona con los derechos reconocidos por los tratados internacionales, sino que resulta imperiosa a la luz de las obligaciones internacionales emanadas del corpus iuris internacional, incluyendo las decisiones y recomendaciones de los órganos de protección que lo integran.

Como se desarrollará a continuación, para el derecho internacional de los derechos humanos la despenalización del aborto en ciertas condiciones es compatible con las normas de tratados internacionales que consagran el derecho a la vida. Aún más, según los órganos del sistema internacional de derechos humanos, la penalización del aborto en ciertos supuestos, como cuando el embarazo es resultado de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos de las mujeres reconocidos en los instrumentos internacionales.

En efecto, el derecho de las mujeres a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley se vincula con el respeto y ejercicio de los derechos a la igualdad, a la vida, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, a la dignidad y a la no discriminación. Todos estos derechos, en cuyo análisis nos centraremos, están reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos incorporados a su texto con jerarquía constitucional, y las leyes vigentes.

VI.1.- Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

En el caso de marras, el apelante alega que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2°, CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto es "claramente opuesta al derecho a la vida de toda persona", conforme a los tratados internacionales de derechos humanos.

En el marco del sistema interamericano, la Convención Americana reconoce el derecho a la vida a través del artículo 4.1: "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".

Sin embargo, la cuestión traída por el recurrente, acerca de la incompatibilidad de los abortos justificados con las normas que protegen el derecho a la vida, ya fue resuelta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el famoso caso Baby Boy (CIDH. Caso Baby Boy. Resolución 23/81. 6 de marzo de 1981). En esa ocasión, la Comisión IDH se pronunció en contra de la interpretación absoluta que se hace del derecho a la vida desde la concepción, y manifestó que dicha protección rige "en general", precisamente para permitir la coexistencia de regulaciones locales que admitían la despenalización del aborto en los siguientes casos: a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) para proteger el honor de una mujer honrada; d) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, e) por angustia económica. Al mencionar los países en los que la legislación incluía alguno de esos permisos se mencionó expresamente a Argentina. Cabe aclarar que la Comisión interpretó no sólo la Declaración Americana (pues el estado denunciado, Estados Unidos, no forma parte de la Convención Americana), sino también la Convención Americana, ya que los denunciantes invocaron este tratado para aclarar los alcances de su interpretación. Por tanto, mal puede invocarse esta norma para sostener la posición restrictiva, pues el órgano competente ya ha esclarecido la cuestión al admitir la compatibilidad de legislaciones que justifican el aborto en caso de violación, y ésas son las condiciones de su vigencia.

Como ya se adelantó, lejos de proscribir el permiso para la práctica del aborto en casos como el presente, ésta es la solución que mejor se compadece con otros derechos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos que quedan comprometidos frente a un embarazo que conlleve un riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta, o ante un embarazo forzado, como ocurre cuando es resultado de una violación. Estos derechos son: el derecho a la vida (art. 1, DADDH; art. 4.1, CADH, art. 3.a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –en adelante, Convención de Belém do Pará-), a la salud (art. 11, DADDH; y art. 10 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"), a la libertad y seguridad personales (art. 1, DADDH; art. 7.1, CADH; art. 3.c, Convención de Belém do Pará), a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1, CADH; art. 3.b, Convención de Belém do Pará), a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2., CADH; art. 3.d., Convención de Belém do Pará), a la igualdad y no discriminación (art. 2, DADDH; art. 1.1 y 24, CADH; art. 3.f., Convención de Belém do Pará), a la dignidad (art. 17, DADDH; art. 11.1, CADH; y art. 3.e., Convención de Belém do Pará) a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 5, DADDH; y art. 11.2 y 11.3, CADH), y a la protección especial a la niñez (art. 7, DADDH; y art. 19, CADH). En especial, la Convención de Belém do Pará dispone que la violencia contra las mujeres comprende la violencia sexual (art. 2), consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (art. 3), y reconoce que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio libre y pleno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art. 5).

Para asegurar la plena vigencia de estos derechos, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es decir, este artículo enumera los deberes básicos del Estado en materia de derechos humanos: la obligación de respetar y la de garantizar los derechos. La primera conlleva la necesidad de imponer límites a la función pública como consecuencia de que "los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado" (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165). La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber del Estado "de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, cit. párr. 166).

Por su lado, el artículo 2 de la CADH establece la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas o de otra índole que resulten necesarias a los fines de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

En virtud de estos deberes de respeto y garantía, los Estados deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos de las mujeres, por un lado y, por otra parte, tienen que organizar sus aparatos a fin de que, en aquellos casos en los que el aborto esté permitido, puedan acceder a la intervención y, de esa forma, asegurar la vigencia de sus derechos.

En este sentido se ha pronunciado la CIDH en el caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, que guarda similitud con el caso de autos. Ramírez Jacinto fue victima de una violación sexual de la cual resultó embarazada cuando tenía 14 años de edad y, a pesar de que la ley mexicana permitía la interrupción del embarazo en un supuesto como el suyo, no pudo acceder a la práctica médica debido a los obstáculos interpuestos. Por tal motivo, denunció al Estado de México por violación de sus derechos humanos.

Sin perjuicio de que el Estado mexicano y las peticionarias suscribieron un acuerdo de solución amistosa en el caso, la CIDH remarcó que, la Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. Asimismo, señaló: la importancia de que los Estados adopten medidas

de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos (CIDH. Informe Nº 21/07. Petición 161-02. Solución amistosa. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c. México. 9 de marzo de 2007, párr. 26).

En definitiva, la CIDH resaltó que los derechos de las víctimas de violencia sexual exigen un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, y consideró que los obstáculos interpuestos para impedir la interrupción del embarazo en el caso de una niña que resultó embarazada como consecuencia de una violación, exigía al Estado la sanción de los responsables, en virtud del deber de debida diligencia.

Como corolario de lo expuesto y siquiendo la opinión de Medina Quiroga, sostener que la Convención Americana obliga al Estado a penalizar todo aborto es un error profundo. En opinión de la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyada por las argumentaciones tanto de interpretación del texto como de su historia, la Convención no establece esta obligación en absoluto (Cf. Medina Quiroga, Cecilia, "La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia", p. 327/328, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, 1-66/78).

VI.2.- Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

VI.2.a).- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Al igual que lo que sucede en el ámbito interamericano, el sistema universal de protección de derechos humanos recepta el derecho de las mujeres a la libertad y seguridad personales (art. 3, DUDH, y art. 9 del PIDCyP), a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 12, DUDH; y art. 17, PI-DCyP), a la igualdad y no discriminación (arts. 1, 2 y 7, DUDH; art. 2.1, 3 y 26, PID-CyP; y art. 2.2 y 3 PIDESC), a la dignidad (art. 1, DUDH; art. 16 PIDCyP), a la vida (art. 6.1, PIDCyP; y art. 3, DUDH), a una vida libre de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5, DUDH; art. 7, PIDCyP), y a la protección especial de la niñez (art. 25.2, DUDH; art. 24.1, PIDCyP). También el PIDESC, en su artículo 12, inciso 1º, establece que los Estados Parte reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", y el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1).

En relación a lo que se discute en el caso bajo análisis, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado en varias oportunidades en el sentido que aquí se propicia.

Así, en la Recomendación General nº 28, el Comité de Derechos Humanos manifestó, que a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto (PIDCyP), así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. También necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad (Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/ GEN/1/Rev.7 at 207, 2000, párr. 11).

El Comité de Derechos Humanos ha recomendado expresamente al Estado Argentino que para los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se supriman todos los obstáculos a su obtención (Comité de Derechos Humanos, 70º período de sesiones. 16 de octubre al 3 de noviembre de 2000).

El mismo Comité intervino en un caso presentado contra Perú por una joven de 17 años, Karen Noelia Llantoy Huamán, a quien se le impidió acceder al aborto terapéutico. En dicha oportunidad, el Comité consideró probado que Karen Noelia Llantov Huamán transitaba un embarazo de un feto anencefálico y que no pudo realizar la interrupción de la gestación. También consideró acreditado que la negativa a realizar la práctica la expuso a un riesgo vital y que quedó con severas secuelas psicológicas. El Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado del Perú vulneró el art. 17 del PIDCyP, pues al impedir la práctica legal interfirió de manera arbitraria en la vida privada de la joven, y el artículo 24 del mismo Pacto, al incumplir con el deber de atención especial que requería su condición de menor de edad. También sostuvo que el dolor y la angustia que tuvo que atravesar al verse obligada a sostener un embarazo obligado y al ver nacer a su hija, sabiendo que moriría en muy poco tiempo, constituyo una vulneración al artículo 7 del PCD-CyP, que proscribe las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (Comité de Derechos Humanos, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen Nº 1153/2003, 24/10/2005).

Resulta especialmente relevante reseñar que el Estado argentino ya fue denunciado en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos por obstaculizar el acceso al aborto no punible a una joven, L.M.R., de 20 años con discapacidad mental permanente (edad mental entre 8 y 10 años), que resultó embarazada como resultado de la violación por parte de su tío. L.M.R. asistió a un hospital y, ante la constatación del embarazo, requirió el aborto legal. A partir de esta presentación, L.M.R. tuvo que sortear innumerables obstáculos, que incluyeron la intervención de la justicia para impedir el aborto. Dos instancias judiciales se pronunciaron en contra de la interrupción del embarazo, hasta que el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y allí se resolvió a favor de la procedencia de la práctica legal. A pesar de este pronunciamiento, la joven no pudo acceder al aborto en las instituciones públicas de salud y tuvo que acudir al ámbito privado. En la denuncia se invoca la violación del derecho a la igualdad y no discriminación; a la vida; a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles inhumanos y degradantes; a la privacidad y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, todos ellos reconocidos en el PIDCyP. En el 13º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Estado argentino tuvo que rendir cuentas sobre el caso L.M.R. En la reunión, el Estado argentino recibió un fuerte cuestionamiento por las frecuentes trabas en el acceso a los abortos legales.

Por último, en marzo de este año, el Comité de Derechos Humanos presentó sus Observaciones Finales a la Argentina, y expresó su preocupación "por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en [el artículo 86, CP]" y encomendó al Estado "adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal" (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13).

VI.2.b).- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) consagra el derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación (art. 1), y a "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos" (art. 17.1.d. énfasis agregado). En especial, en el artículo 12, inciso 1°, establece "el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica". Asimismo, prevé que "los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mu-

jer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia". Además, el artículo 14 de la CE-DAW dispone que los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, lo que incluye información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. A fin de asegurar el pleno desarrollo de las mujeres y garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, los Estados Partes se obligaron a adoptar todas las medidas apropiadas (art. 3, CEDAW).

Sobre estos aspectos, la CEDAW, consideró que, la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nº 24, La mujer y la salud, 20° período de sesiones, 1999).

Y agregó que el deber de velar por el ejercicio de [los derechos relativos a la salud] impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nº 24, La mujer y la salud, 20° período de sesiones, 1999).

En sus últimas Recomendaciones, el Comité CEDAW celebró la publicación de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles (elaborada por el Programa de Salud Sexual y Reproductiva, Ministerio de Salud de la

Nación, 2006, cit), por cuanto clarifica el alcance del artículo 86, CP, y exhortó al Estado argentino a "garantizar que la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles se implemente en todo el país de manera uniforme para que haya un acceso igualitario y efectivo a los servicios de salud para interrumpir embarazos" (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38. La traducción nos pertenece). Dicha Guía interpretó que: para el Código Penal de la Nación el profesional de la salud y la mujer no incurren en delito de aborto en las siguientes situaciones:

a. en casos de peligro para la vida de la mujer (artículo 86, inciso 1º, Código Penal de la Nación),

b. en los casos de peligro para la salud de la mujer (artículo 86, inciso 1º, Código Penal de la Nación),

c. cuando el embarazo sea producto de una violación (artículo 86, inciso 2º, Código Penal de la Nación),

d. cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2º, Código Penal de la Nación). En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto" (Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ministerio de Salud, 2007).

VI.2.c).- Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño define, que: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por 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".

El recurrente, para reforzar su argumento de que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto viola el derecho a la vida, hace hincapié en la "reserva" que

formuló el Estado argentino al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece, con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que 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.

En rigor, el Estado argentino no hizo una reserva a la CDN, sino que formuló una declaración interpretativa. Esta diferencia es de relevancia, pues significa que el país suscribió a todo el texto de la CDN, y debe aplicarla, como ya se señaló, "en las condiciones de su vigencia". Este sentido se ha señalado en la Convención Constituyente de 1994: "las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados, que no deben ser confundidas con las reservas y que sólo tienen por objeto dar una interpretación del tratado" "(...). Por lo tanto, ellas no pueden gozar del estatus jurídico especial que tienen las manifestaciones de la voluntad concordante de los miembros de la comunidad internacional, expresadas en los tratados. Esta situación especial de las normas que han recibido el consenso de un cierto número de Estados, en un lapso prudencial, es lo que determina que otorquemos primacía a todos los tratados sobre el derecho interno." "(...). Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional." (Cf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituvente. Tercera Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994, ps. 3096 y 3097).

Entonces, como se trata de una ley que fija una declaración interpretativa, significa que no forma parte del tratado y, en consecuencia, carece de jerarquía constitucional. Es así que el Congreso puede modificar o derogar la ley sin sequir ningún procedimiento especial. Por último, tampoco se podría considerar que el reconocimiento de rango constitucional de la CDN acaecido en la reforma de 1994, con la mentada declaración interpretativa, haya resuelto la cuestión de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en ciertos casos, desde que la Convención Constituyente no estaba habilitada para incluir cambios en el Capítulo Primero de la CN, sobre las Declaraciones, derechos y garantías (Cf. Ley nº 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional).

De lo dicho surge que del texto de la CDN no se sigue una protección absoluta al embrión desde el momento de la concepción. Por el contrario, el Comité de los Derechos del Niño se dirigió al Estado Argentino en fecha reciente en sentido opuesto al sostenido, y expresó la necesidad de que niñas y mujeres que resulten embarazadas como consecuencia de un agravio sexual puedan interrumpir la gestación.

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado argentino que adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas" y "enmend[ar] el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir disparidades en la legislación provincial vigente (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59).

VI.2.d).- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General N° 20, sostuvo que la prohibición contenida en el art. 7 del PIDCP, que proscribe las torturas y tratos o penas inhumanos o crueles, se refiere no sólo a los actos que causan a la víctima do-

lor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral, y agregó que la prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992).

En el caso Karen Noelia Llantoy Huamán, ya citado, el mismo Comité concluyó que la negativa del Estado de Perú a realizar el aborto terapéutico a una adolescente que cursaba un embarazo de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento que la niña tuvo que atravesar y, en consecuencia, concluyó que el Estado había violado el artículo 7 del PIDCP (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen Nº 1153/2003, 24 de octubre de 2005).

En fecha más reciente, el Comité contra la Tortura se pronunció en sentido similar al analizar la legislación de Nicaragua, que penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación. El Comité expresa su profunda preocupación por la prohibición general del aborto en los artículos 143 a 145 del Código Penal, incluso en casos de violación sexual, incesto o presuntamente de embarazos que amenazan la vida de la mujer, que en muchos casos resultan directamente de crímenes relacionados con violencia de género. Esta situación implicaría para los grupos de mujeres arriba señaladas una constante exposición a las violaciones cometidas contra ellas, lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos, tales como ansiedad y depresión. El Comité nota también con preocupación que las mujeres que solicitan el aborto por las circunstancias mencionadas más arriba, corren por ello el riesgo de penalización (Cf. Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/ NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

De estos antecedentes se desprende que obligar a una niña a terminar un embarazo que es producto de una violación contraviene el principio internacional que proscribe las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

VI.2.e).- Los principios internacionales analizados permiten concluir que la protección del derecho a la vida de modo alguno conlleva la necesidad de penalizar el aborto en todos los casos. Muy por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos es categórico en advertir que la penalización de la interrupción del embarazo en supuestos determinados, como cuando se encuentra en riesgo la vida o la salud de la mujer encinta, o cuando el embarazo proviene de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres.

En especial, cabe resaltar que sólo en lo que va del año tres organismos de monitoreo de instrumentos de derechos humanos que gozan de rango constitucional manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en el país para el acceso al aborto no punible contenido en el artículo 86, CP (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina. 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38). Estos pronunciamientos son una señal de advertencia hacia el Estado argentino y, por ello, a fin de garantizar los derechos humanos comprometidos en casos como el presente y salvaguardar la responsabilidad internacional del Estado, se sostiene que la interpretación amplia del artículo 86, CP, es la que mejor se compatibiliza con los instrumentos internacionales asumidos por el Estado.

VII. El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña

Ya fue mencionado que, está probado que el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por su padrastro, y que los abusos sexuales padecidos fueron reiterados desde que la niña tenía 11 años de edad (v. fs. 125/126).

Numerosa bibliografía señala el carácter gravemente lesivo que los ataques sexuales causan en general y, en especial, los tintes especialmente dramáticos que adquieren cuando son cometidos contra niñas o niños en virtud de la falta de madurez de la víctima para poder entender y procesar lo que está sucediendo (Cf. Batarrita Asúa, Adela, "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en Género, Violencia y Derecho, coordinadoras Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 102).

Los abusos sexuales sufridos por la joven significaron, sin dudas, una seria vulneración de sus derechos a la dignidad e integridad. Estos actos poseen un carácter gravemente ultrajante y degradante, por cuanto significan la cosificación de la persona, que es reducida a un objeto carente de todo valor y dignidad humana.

Ante la confirmación del embarazo, sostener que la víctima del agravio sexual debe llevar a cabo la gestación hubiera implicado obligarla a atravesar por un embarazo forzado y reducirla, así, a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado.

En una reconocida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre estos aspectos y sostuvo que: "La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear" (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006).

En especial, reparó en aquellos casos en los que el embarazo sea resultado de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida (art. 124, CP Colombia). A juicio de la Corte Constitucional, en tales supuestos "...debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos" (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

VII.1.- El Estado no puede imponer conductas heroicas

Se ha señalado que el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general, pues: el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. Un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de 'no exigibilidad': las conductas heroicas 'no son exigibles' (v. al respecto, Mir Puig, Santiago, "Límites al Normativismo en el Derecho Penal en Dogmática y Crimonología- Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo" Ed. Legis, Madrid, 2005, p. 370/375).

Las tesis que promueven el alcance más limitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. No obstante, como veremos más adelante, el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general.

Sobre este punto se han pronunciado algunos tribunales extranjeros, al analizar los límites que tienen los Estados para penalizar el aborto en todos o en algunos supuestos en particular (como es, cuando el embarazo sea producto de una violación).

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a que: "El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido" (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, consid. 10.1., rta. 10/05/2006).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español entendió que: "El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la lev resultaría totalmente inadecuado" (Tribunal Constitucional Español, sentencia Nº 53/85, consid. 9, rta. 11/4/1985).

Esta prohibición general adquiere una dimensión mayor cuando de quien se espera una conducta heroica es una niña. Es precisamente frente a los niños que el Estado asumió un deber de especial protección, y no puede luego esperar válidamente el sacrificio de sus derechos, aún cuando sea en pos de algún interés legítimo.

VII.2.- El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante

Recapitulando, según los profesionales que entrevistaron a la niña, el embarazo era vivido por la niña abusada por su padrastro como un evento extraño, invasivo, no era significado como hijo. La idea de hijo era incompatible con su universo de posibilidades. Dicho de otro modo, en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso a raíz del tinte incestuoso.

En tales condiciones, obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100). Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.). Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Karen Noelia Llantoy

Huamán, Dictamen Nº 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

Por ello, se considera que de darse cabida a la interpretación restrictiva que propone el recurrente, de acuerdo a la cual el aborto realizado en casos como el de autos estaría penalizado, se violaría también el derecho de la niña a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se comprometería también por este motivo la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No puede perderse de vista, como se señaló desde el inicio que cuando se encuentra en juego el interés superior de una menor toda decisión debe evaluarse no sólo a la luz de las necesidades actuales de esta niña, sino también con la mirada puesta hacía adelante, es decir a su futuro, y lo cierto es que los costos de la prohibición del aborto en supuestos como el de autos, hubieran comportado un perjuicio enorme para la causante en tanto la conducían a llevar adelante una maternidad "impuesta".

Al respecto resulta esclarecedor lo sostenido por el Profesor Ferrajoli, en cuanto señaló que, hay un equívoco que es preciso aclarar: en el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad suele ser presentado como "derecho de aborto", es decir, como una libertad positiva (o "libertad para") que consiste, precisamente en la libertad de abortar. Se olvida, que antes es una libertad negativa ("libertad de"), es decir, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. En suma, lo que está en cuestión, antes que una facultas agendi, es una inmunidad, un habeas corpus, es decir la "libertad personal" sancionada como "inviolable" se transforma en una libertad con posibles restricciones, implica, como son precisamente la constricción o coerción jurídica a convertirse en madre (cf. Ferrajoli, Luigi, La cuestión del embrión entre el derecho y moral, Rev. Jueces para la democracia: Información y debate, Madrid, Nº 44, julio 2002).

Desde otra óptica, como lo sostiene Tamar Pitch, el punto crucial es la consideración de la relación existente entre la menor embarazada y el embrión/feto, la que no se puede construir en términos de propiedad (del embrión/feto por parte de la madre) ni en términos de relación entre dos sujetos "autónomos"; sino que debe entenderse como una relación simbiótica en la que la posibilidad misma de desarrollo físico y psíguico de uno está inextricablemente entrelazada con el cuidado, el deseo, el imaginario del otro. La situación del embarazo es una situación en la cual es una y dos al mismo tiempo, no existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra, pues se llega a ser "persona" a través de la mediación femenina: mediación necesaria e indispensable. El desconocimiento de esa realidad no sólo niega la unicidad de esa experiencia, sino que niega desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino, el poder de dar vida, de generar, es un poder que implica responsabilidad (Pitch, Tamar, "Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad", Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 97/98).

Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente constricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que –como se señaló- no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo, (responsabilidad parental), en una situación que además

se presenta muy próxima al incesto. Baio esas condiciones la penalización del aborto, hubiera sustraído a la menor encinta de la autonomía de su propio cuerpo y, con ello, de su misma identidad personal, reduciéndola a un mero instrumento por tercera vez. Primero, en manos del abusador que la sometió durante cuatro años. Segundo, por el mismo adulto, que en lugar de cuidarla y criarla en su rol de padre, la violó nuevamente y la dejó encinta como consecuencia de ese acto criminal. Y tercero. como consecuencia de la actividad estatal, que bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiera obligado no solamente a llevar a término el embarazo, sino a asumir una responsabilidad parental para la cual no estaba preparada y conspiraba severamente contra su propia salud, colocándolo en una situación de riesgo su vida.

### VIII.- Conclusiones

En base a lo hasta aquí delineado, resulta ilustrativo lo afirmado por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a que: "Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. (...). La mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación" Corte Constitucional de Colombia, C-355, 10/05/2006, considerando 10.1).

Una intromisión estatal contraria a estos principios privaría totalmente de contenido a los derechos de la niña involucrados, al punto de instrumentalizarla y vaciar de contenido su derecho a la dignidad humana. Por ello, en tales casos, el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a

la de la mujer en todos los sentidos (Cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció en sentido coincidente, por primera vez, en el año 1975: El derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar —en aras del respeto a este bien jurídico— valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva (Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia BVerfGE 39, 1, de la Primera Sala, 25 de febrero de 1975, publicado en "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe", Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 120).

El Tribunal Constitucional alemán explicitó que esta situación se presentaba en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer encinta y en otras circunstancias que constituyen cargas excesivas para la mujer, como en caso de indicación ética y social o de necesidad, razón por la cual no se le puede exigir la terminación del embarazo: El criterio decisivo es que en todos estos casos aparece en forma contundente otro interés merecedor de la protección constitucional, de tal manera que el orden jurídico no puede exigir de la mujer que, en todo caso, le asigne prioridad al derecho del que está por nacer (Cf. Tribunal Constitucional de Alemania, cit., texto citado en Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, rta.10/05/2006, aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa).

De forma consistente con estos principios, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la mujer el derecho a decidir la continuación o la interrupción de un embarazo que haya sido resultado de una violación. Así, se entiende que el art. 86 consagra una causa de justificación, pues la mujer que quisiera acceder a un aborto en alguno de los supuestos contenidos en dicha norma, actuaría en el "legítimo ejercicio de su derecho", en los términos del artículo 34, inc. 4, CP. En sentido coincidente se pronuncia Zaffaroni (Manual de Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 501 y 502). En un caso en el que se analizaba la procedencia de un pedido de inducción del parto en el caso de un feto con anencefalia, el Dr. Petracchi también tuvo oportunidad de señalar que: "...el recurrente se limita a declamar en forma abstracta la prioridad del derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la salud de la madre. Esta contraposición, a la que no dudo en considerar efectista, persique el indudable propósito de otorgar prioridad absoluta al primero, desconociendo la entidad del segundo. De este modo, omite algo fundamental: que el resultado de la ponderación entre ambos bienes ya fue consagrada por el legislador en el art. 86, segundo párrafo inc. 1º, del Código Penal, que conviene reiterar una vez más, no fue cuestionado en su constitucionalidad. Dicha norma-que es regla en el derecho comparado- establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. La permisión del llamado 'aborto terapéutico' (...), establece una causa de justificación y no de mera disculpa, que da una solución al conflicto de intereses en pugna..." (CSJN, voto en disidencia Dr. Petracchi, considerando 11, Fallos:324:5).

En definitiva, el legislador ya realizó la ponderación entre los bienes jurídicos que entran en conflicto en casos como el presente .Asimismo, en virtud de la vigencia de los derechos a la salud, a la vida, a la autonomía y a la dignidad de la mujer encinta, entre otros, la decisión de continuar o no un embarazo que es producto de una violación, de evidente impacto en el plan de desarrollo de su vida, debe tomarla necesariamente la menor encinta, de acuerdo a la facultad conferida a ella por el art. 86, CP. Se considera que esta solución es la que mejor se compatibiliza con los principios constitucionales y del derecho internacional de derechos humanos a los que se hizo referencia con anterioridad.

En el sub lite A. ha sido escuchada, informada, (arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 19, 24 y 27 de la ley 26.061), tuvo espacio para la reflexión (v. fs. 38) y su decisión fue clara. Creemos que en este momento nuestro compromiso es apuntalarla, acompañarla en su decisión que sin duda era la que mejor contemplaba su interés, conforme a las circunstancias que rodeaban al caso, y preservaba los delicados intereses en juego que rodeaban al caso.

Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño. En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisfaga a todos ellos. Se trata de "bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular" (v. Rubén Santos Belandro "El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado", www. asapmi.org.ar/publicaciones/artículos jurídicos).

IX.- Por todo lo expuesto, en estos casos: "...resulta vital que la mesura y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación (cf. Doctrina de Fallos:305:385; 308: 2217 y 312:148 disidencia del Juez Fayt,

entre muchos otros), de modo que, se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se intenta proteger. Ello con el fin de hacer real y efectiva la preservación de sus tantas veces citado "interés superior..." (cf. Voto de los Señores Ministros Doctores Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda, en la causa M.14, XLIII, Martínez, Marcela María de Luján y otro s/ guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. -cuad. de apelación de medida cautelar", sentencia del 4/9/07).

En ese marco, le compete a V.E. en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa, de modo que a A. y a jóvenes como ella se les conceda (con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), el derecho a la salud, a la vida, a la integridad psicofísica, sus derechos reproductivos, su autodeterminación, la maternidad responsable, su derecho a participar en las decisiones que la afectan, declarando que la interrupción del embarazo, en el contexto en que fue practicado, no resulta punible por aplicación del art. 86 C.P.

A modo de colaboración, con miras a tutelar en forma efectiva la salud psicofísica de nuestra defendida, estimamos prudente que se le haga saber a la magistrada de primera instancia que —con la premura que el caso amerita- deberá adoptar todas las medidas a su alcance para efectuar un seguimiento periódico del tratamiento psicológico ya iniciado por A. orientado a todo el grupo familiar (cf. lo dispuesto en el pto. dispositivo 6º de la sentencia recurrida).

X.- Dada la naturaleza de la representación que hemos asumido en estos actuados y a fin de resguardar todos los intereses comprometidos, se dio intervención a la Señora Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia en lo Civil; Comercial y del Trabajo, quien emitió el dictamen que elevamos también a consideración de V.E.

Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de octubre de 2010. — Stella Maris Martínez (defensora General de la Nación). — Julián Horacio Langevin (defensor oficial).

### Suprema Corte:

Habida cuenta que la práctica médica que fue autorizada por el a quo y que el recurrente pretendía evitar con su recurso extraordinario va se ha efectivizado, estimo que resulta de aplicación al sub judice, la doctrina de la Corte según la cual para, el ejercicio de su jurisdicción, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse, debiéndose atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión del caso concreto (Fallos: 298:33; 304:1649; 312:555; 318:2438; 323:3083 y 3158 entre otros).

En tales condiciones, resulta inoficioso un pronunciamiento del tribunal en el caso, por lo que opino que corresponde declarar improcedente el recurso extraordinario. Buenos Aires, 14 de abril de 2011.— Eduardo Ezequiel Casal.

Buenos Aires, 13 de marzo de 2012.

Considerando: 1º) Que A.F., en representación de A. G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut —ante cuyos estrados se instruía una causa contra O. C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.— que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias obrantes a fs. 1/1 vta. y 11). El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido (fs. 85 de la causa penal). La madre de A.G. inició entonces la medida autosatisfactiva que originó la presente causa (fs. 17/18) y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia (fs. 153/169) como en la cámara (fs. 350/379 vta.), no obstante los dos informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., "presentaba síntomas depresivos... (e) ideas suicidas persistentes" y que "el embarazo e[ra] vivido como un evento extraño, invasivo... [E]n su mundo interno e[ra] imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre..." por lo que se estimó que "la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica[ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida" (conf. E.T.I., Equipo Técnico Interdisciplinario, fs. 27 vta).

2º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de "aborto no punible" previsto en el inciso 2°, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesaridad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs. 648).

3°) Que aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del nasciturus, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, que fue concedido a fs. 673/676, no obstante haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravió por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el a quo, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: "Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental..."; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", y artículo 4º: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la lev y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", y artículo 6º: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º: "El dere-

cho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente"; Convención 4 sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: "El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", artículo 1º: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, hava alcanzado antes la mavoría de edad", y artículo 6º: "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida"). 4°) Que, radicada la causa ante esta instancia, se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, guien asumió la representación de la niña A.G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada (fs. 980/1010) al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado --víctimas de violaciones-- debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal). Asimismo, se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del nasciturus y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida (fs. 683/694). En ambas presentaciones se peticionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos amicus curiae que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia. Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (fs. 1021/1022). 5°) Que así las cosas, esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.

En efecto, como lo ha subrayado el Tribunal en distintos precedentes, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061). Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos "Roe v. Wade" (410 U.S. 113 1973), las cuestiones relacionadas con el embarazo —o su eventual interrupción—, jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

6º) Que los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se plantea que el tribunal superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal (artículo 14, inciso 3º, ley 48). Asimismo, el tratamiento del tema resulta pertinente por esta vía puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional,

tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente).

7°) Que dada, por una parte, la esencia de los agravios traídos a discusión, la cual radica en última instancia en la interpretación de normativa constitucional y convencional y visto el carácter federal que reviste el planteo, esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional. En este orden de ideas, este Tribunal se ve obligado a tener que establecer la inteligencia de las previsiones cuyo desconocimiento denuncia el recurrente, así como también determinar la aplicación de otras normas y principios de igual jerarquía en clave de necesarias pautas interpretativas, dejando a salvo que, no por ello, esta Corte se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que tan sólo, le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735 y sus citas).

8º) Que al efectuar esa tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común —artículo 86, inciso 2º, del Código Penal—, a través de un análisis global

del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal. Desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 in fine de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial.

9º) Que a partir de lo señalado en los considerandos precedentes corresponde, en primer término, señalar que del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula el recurrente. En primer lugar, porque es necesario advertir que este apartado se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089, considerando 17) como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular.

Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, 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 artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente (ver al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2. Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 6145/6198).

Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental.

10) Que de las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración. Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, "Baby Boy", y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos).

Por su parte, de la previsión contemplada en el artículo 3º de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, tampoco se puede derivar base alguna para sustentar la tesis postulada por la parte. Esto en tanto la interpretación del alcance

que corresponda darle a dicho precepto, 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 artículo 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.

11) Que tampoco el agravio incoado por el recurrente puede encontrar sustento en las disposiciones de los artículos 3º y 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Esto en atención a que, a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1º ("Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"). Así, atento los claros términos en que está formulado este enunciado, resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas para fundar la tesis restrictiva del supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2°, del Código Penal.

12) Que la tesis del recurrente tampoco encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para ello, resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. A su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Fina-

les del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010, antes citadas).

Por lo tanto, resulta claro que, no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria.

13) Que con relación a las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, tampoco es posible sostener que la interpretación del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal adoptada por el a quo colisione con éstas.

En efecto, de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989).

Asimismo, de la lectura de aquellos antecedentes, se puede concluir que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió expresamente por la formulación actual del artículo 1º, de la que tampoco se puede derivar la tesis que sostiene la parte. Esto queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos

del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/Add.107; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/34, antes citadas).

Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención "debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción", no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la 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 artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/ Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 —1.2; 1.3—).

14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el a quo.

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 (Constitución Nacional, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2° y 3°, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2º, 3º y 5º a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2°; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a).

En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).

Máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fernández Ortega vs. México", sentencia del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194).

En esta comprensión corresponde recordar lo dicho oportunamente por esta Corte (Fallos: 331:211, considerando 6°) al afirmar que "la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos 'grupos de riesgo' en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales", lo que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz. Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance, no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos.

16) Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, Ética y Derechos Humanos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico,

Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.).

17) Que 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. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a "priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento iurídico v... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.

18) Que no obstante mediar en el particular todas las razones de la máxima jerarquía normativa expuestas en los considerandos precedentes, por las que debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento. Ello es así ya que media, en la materia, un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920.

En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional.

Para ello resulta conveniente transcribir el artículo 86 del Código Penal en cuanto establece que "el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1°) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2°) 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".

Así, de una aplicación, al particular, de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que "la primera fuente de exégesis de la ley es su letra" (Fallos: 304:1820; 314:1849) y que "no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos" (Fallos: 313:1149), se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima.

A esta conclusión se llega a partir de un doble orden de razones. En primer lugar, porque de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a "...(s)i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente" (énfasis agregado), previó dos supues-

tos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza

Por su parte, un examen conjunto y sistemático de los diferentes apartados previstos en esta norma también conduce a adoptar su interpretación amplia. En efecto, este precepto comienza su redacción estableciendo, como premisa general, que por su técnica de redacción constituye un requisito común para los dos supuestos que detalla seguidamente, que no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta. Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que "en este caso" —referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinquirlo, desde la sola semántica, del de violación— "el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto". Por ello, debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones.

Pero además, a esta conclusión también se arriba analizando esta norma de modo conjunto con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos que pueden causar embarazos no consentidos por las niñas, adolescentes o mujeres que son sus víctimas.

En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer "idiota o demente". Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el "atentado al pudor" no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo.

Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice "violación" también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, "violación" se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no "idiotas ni dementes". Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia).

Por ello, este análisis sistemático del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo, dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima de éstos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales. Esto se confirma teniendo en cuenta, además, que, al formularse esta norma refiriéndose a la violación y al atentado al pudor, se tradujo —inadecuadamente, atento que esta última figura por definición no implica acceso carnal— la correlativa previsión del Anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental que era denominado "profanación".

19) Que luego de haber sentado en los considerandos precedentes que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal debe interpretarse con un alcance amplio, corresponde detenerse en lo acontecido en el presente caso con la joven A.G., quien debió transitar un largo derrotero judicial para poder asegurar su derecho a obtener la interrupción de un embarazo que fue consecuencia de una violación.

La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.

Llegado este punto, el Tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este Tribunal (artículo 86, inciso 2°), se sique manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación.

20) Que es debido a ello que este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19 in fine de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

21) Que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, 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) Que, en atención a lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica. contemplada en la norma referida. Por la otra, recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico.

23) Que hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido.

24) Que asimismo, respetar lo preceptuado por el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional significa, en línea con lo referido en el considerando precedente, que el aborto no punible es aquel practicado por "un médico con el consentimiento de la mujer encinta" (artículo 86 del Código Penal) circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesio-

nal de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha guerido otorgar. Por otra parte, las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación. lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita —y por tanto contra legem— del aborto autorizado por el legislador penal. Asimismo, se debe señalar que esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Por ello, los términos del presente fallo respecto de los alcances que corresponde asignar al artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, así como la autoridad suprema del pronunciamiento, que se deriva del carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes, que posee el Tribunal (Fallos: 324:3025; 332:616), resultan suficientes para despejar cualquier duda que pudieran albergar esos profesionales de la salud respecto de la no punibilidad de los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación.

En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considera-

da 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.

25) Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible v segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999).

26) Que a partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/34).

27) Que finalmente, el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la

interrupción de un embarazo producto de una violación.

Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (ver al respecto, "Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud", OMS, 2003).

28) Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de "casos fabricados", considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aguí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.

30) Que por último, en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resquardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso.

31) Que, por estas mismas razones, se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias. policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual. brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde:

- 1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.
- 2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.
- 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.— Ricardo Luis Lorenzetti.— Elena I. Highton de Nolasco.— Carlos S. Fayt. — Enrique Santiago Petracchi (según su voto).— Juan Carlos Maqueda.— E. Raúl Zaffaroni.— Carmen M. Argibay (según su voto).

#### Voto de la Dra. Argibay:

Considerando:

1º) En las presentes actuaciones, el 22 de enero de 2010, A.L.F., en representación de su hija A.G., de quince años de edad, interpuso una "medida auto-satisfactiva" a fin de obtener autorización judicial para que en el Hospital Zonal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, se interrumpa el embarazo que la niña cursaba en la octava semana de gestación.

Fundó su pretensión en los incisos primero y segundo del artículo 86 del Código Penal, y en tal sentido afirmó que un mes antes había denunciado ante el Ministerio Público Fiscal de esa jurisdicción la violación que había sufrido la menor por parte de su esposo, O. N. (padrastro de la niña), en el mes de noviembre de 2009, siendo el embarazo producto de ese hecho.

Explicó que ante la formación del sumario en la jurisdicción criminal —en el que se constituyó como parte querellante— se había presentado ante el juez de la causa requiriendo la autorización para la interrupción del embarazo, pero dicho magistrado sostuvo que carecía de "facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de investigación", ordenando el paso de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, que se expidió por la incompetencia del fuero penal para resolver el pedido (cfr. fs. 17/18 vta.).

2º) El día siguiente de la presentación que inicia este expediente, el juzgado de familia dispuso una serie de medidas procesales, ordenando, entre ellas, dar intervención al "equipo técnico interdisciplinario" a fin de que entreviste a la menor para determinar, entre otros puntos, "las consecuencias y/o impacto psicológico en la menor de edad en caso de ser sometida a la intervención solicitada (aborto terapéutico)"; y librar oficio al Hospital Regional a fin de que "por intermedio del Comité de Bioética evalúe la situación planteada de A[.] G[.]

y dictamine sobre lo peticionado" (cfr. fs. 19/20).

Posteriormente, como medida para mejor proveer, se dispuso librar oficio al director del mencionado hospital para que informe al juzgado "si de acuerdo a los Protocolos, el aborto a una menor de edad (15 años), víctima de una violación (art. 86 del Cód. Penal) puede practicarse en condiciones lícitas y en tal caso realicen las evaluaciones interdisciplinarias a través de los Comités Interdisciplinarios, que se prevén para estos casos" (cfr. fs. 28).

Esta última medida debió ser reiterada en dos oportunidades por la jueza actuante; la primera porque el director del nosocomio respondió que "previo al análisis ético-médico de un período de interrupción de embarazo, debe determinarse si la persona presenta alguna de las características excepcionados [sic] por el código penal, ya que dicho encuadre no resulta ser una materia opinable por parte del comité" (cfr. fs. 40), y la segunda, en razón de que el jefe del departamento de tocoginecología de esa institución objetó a lo requerido que "este comité solamente asesora, no dictamina y en cuanto al motivo por el cual se solicita realizar un aborto en la paciente en cuestión, 'violación' es un elemento que supongo le consta a la justicia, y como tal el único que podría dictaminar es el juez" (cfr. fs. 80).

3º) Luego de producidas las medidas ordenadas, el 16 de febrero de 2010 esa instancia resolvió rechazar la solicitud para la interrupción del embarazo de la niña. Apelada esa resolución por la actora y por la propia menor A. G., el 25 de febrero de ese mismo año la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión denegatoria.

Entre los argumentos expuestos por los magistrados que concurrieron a formar la mayoría del tribunal (pues una de sus integrantes votó en disidencia) se expresó que este caso pone a los jueces en situación de decidir entre "dar razón al privilegio de la vida de una menor sobre la otra (nasciturus) que no [ha] tenido oportunidad de optar por ser o no

ser", y que enfrentados a ese conflicto "nos encontramos obligados a preservar el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del nasciturus desde el momento de la concepción, invocando como última ratio, frente a toda situación de duda la aplicación del principio 'in dubio pro vida'" (cfr. fs. 372).

También se dijo, repitiendo consideraciones expresadas por la jueza de primera instancia, que la discusión entre la interpretación amplia o restrictiva del artículo 86 del Código Penal no define en profundidad la amplitud de la decisión, pues en base a las normas del derecho constitucional que consagran el derecho a la vida y a la salud de todo ser humano desde la concepción en el seno materno, resulta indiferente la interpretación de aquélla norma que se adopte.

4°) Contra esa sentencia interpusieron sendos recursos de casación la niña y su madre, los que fueron concedidos por la cámara de apelaciones y luego declarados formalmente admisibles por el tribunal superior de justicia local. Con fecha 8 de marzo de 2010, ese tribunal resolvió —en lo que aquí interesa— dejar sin efecto la sentencia recurrida, declarando que el caso encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto por el inciso segundo, primera parte, del artículo 86 del Código Penal.

Para así decidir, el a quo inició el tratamiento del caso afirmando que obligar a la actora a obtener un permiso judicial en un supuesto como el de autos resulta una exigencia adicional, que a la mujer se le presenta como una carga y una vulneración a su derecho de acceder al aborto en los casos autorizados por la ley. Expresó que el propio legislador no ha dejado en manos de los jueces la tarea de preferir la vida de una u otra persona, porque precisamente consagró el resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho de la mujer víctima de una violación.

Sobre el particular, asumió que la aplicación de los dos incisos del artículo 86 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos

fácticos descriptos por la norma en los médicos que atiendan a la paciente, ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar.

Continuó luego el tribunal afirmando que la norma del artículo 86 del Código Penal aplicable al caso no se contrapone al bloque constitucional integrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, en tanto resulta consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del niño por nacer desde su concepción. Ello es así, se dijo, pues la norma parte de la base de considerar al aborto como una conducta prohibida, aunque con las excepciones consagradas por el artículo en examen, las que, a su vez, comprometen otros derechos fundamentales de rango análogo. De esta manera, la decisión legislativa por la no punibilidad de supuestos como el presente no puede calificarse de irracional ni de arbitraria, en razón de que aparece fundada en una causa grave y excepcional sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional.

Pasando a la exégesis en particular del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, sostuvo el tribunal que además de encontrar en el propio texto de la norma razones que apoyan la que ha sido denominada la "tesis amplia" —pues reconoce en ella dos supuestos de aborto no punibles—, es el principio de legalidad el que exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos en el mentado artículo con la mayor amplitud posible.

Finalmente, resta destacar que el tribunal consideró, en cuanto a la acreditación de la existencia de la violación, que la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite, en el sentido de exigir una sentencia condenatoria para habilitar el supuesto previsto por la norma en tratamiento. Se entendió entonces que corresponde analizar la denuncia y, ante la imposibilidad de evitar todo margen de dudas, privilegiar el relato circuns-

tanciado de la víctima, acompañado de los múltiples elementos que acrediten su seriedad.

5º) Contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal el tutor ad litem y Asesor de Familia e Incapaces, en favor de la persona por nacer. Como agravio federal, esa parte planteó la vulneración del derecho a la vida del nasciturus garantizado por la Constitución Nacional y por tratados de derecho internacional público.

En lo concerniente a las circunstancias fácticas del caso, explicó que ni para las partes, ni para las tres sentencias que fueron dictadas sucesivamente en las instancias que transitó el proceso, existe duda alguna de que el embarazo que presenta la niña proviene de una violación. Esta aceptación general sobre la cuestión sustancial de los hechos, desde su óptica, coloca a la dilucidación del caso en el campo del puro derecho, centrada en la aplicación e interpretación de la norma del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional y del derecho a la vida de la persona por nacer.

Establecido el marco normativo de referencia, continuó expresando que no entiende que las autorizaciones del artículo mencionado deban juzgarse inconstitucionales en general, ni que se encuentren derogadas por "incompatibilidad sobreviniente" con normas de mayor jerarquía. Afirmó, no obstante, que la interpretación de esos permisos legales ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo "y de enorme dramatismo" los casos subsumibles en ellos.

En tal sentido, entendió que la interpretación lata que de esa norma realiza la sentencia que impugna para declarar su aplicación al caso y autorizar así el aborto, resulta opuesta al derecho a la vida de toda persona conforme a la normativa constitucional que invoca. Desde ese prisma, afirmó que esa práctica médica tiene como fin interrumpir el embarazo dando así fin a la vida del feto, lo que implica un atentado, intencionado y directo, contra un ser humano cuya

existencia y derechos resultan asegurados por el ordenamiento legal "desde su concepción". A su vez, postuló una interpretación de la mentada norma permisiva, que calificó de literal, restringiendo la autorización para la interrupción del embarazo sólo en los casos de violación de una mujer "idiota o demente".

6º) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.). No obstante ello, refirió —con cita de precedentes de esta Corte— que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen. Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7°) El recurso resulta formalmente admisible en cuanto se ha invocado que la interpretación dada a la ley común por el tribunal superior de la causa conculca el reconocimiento de un derecho constitucional y la sentencia ha sido contraria al interés del recurrente (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

8º) Tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obsta a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso, llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la defensoría pública provincial obrante a fs. 648).

En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que, al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal, la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan ya ha perdido vigencia en

instancias inferiores. Teniendo ello en cuenta, la Corte decidió en tales antecedentes admitir el remedio federal a fin de que no se frustre su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (cfr. Fallos: 324:4061 y 310:819).

De esta manera, una decisión del Tribunal en esta causa, aun bajo esas condiciones de excepción, se convierte en un precedente útil para solucionar con posterioridad conflictos idénticos, pues estos podrán ser adecuadamente resueltos sobre su base (cfr. Fallos: 333:777, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Argibay).

9°) Los motivos expuestos en el considerando precedente sirven además de sustento para aplicar en el caso la excepción contenida en el artículo 11 del Reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

10) Ingresando al fondo de la cuestión traída a estudio, debe aclararse preliminarmente que está fuera del marco de decisión de esta instancia federal la revisión del modo en que el tribunal provincial ha interpretado el artículo 86, inciso segundo, del Código Penal, en virtud de la regla del artículo 15 de la ley 48 que veda a esta Corte nacional pronunciarse con respecto a cuestiones de derecho común. En función de ese límite, solamente corresponde resolver si tal interpretación se halla o no en conflicto con las disposiciones constitucionales que se invocan en el recurso (cfr. Fallos: 123:323; 129:235; 176:339; y, especialmente, 199:617; entre otros).

11) Como ya se reseñara, el tribunal superior de justicia local decidió autorizar el aborto peticionado por la niña A.G., interpretando que la norma citada abarca como supuestos de no punibilidad, a todos los casos en los que el embarazo provenga de una violación. El impugnante, por su parte, afirma que esa exégesis vulnera el derecho a la vida del nasciturus, y que la interpretación de las normas penales que permiten el aborto "ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo y

de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones" (v. fs. 657 vta.), lo que obligaría —en la postulación del recurrente— a limitar la autorización para los supuestos en los que la víctima de violación sea una mujer que padezca una incapacidad mental (v. considerando 5 de este voto). A su vez, el criterio de diferenciación que propone la defensa para justificar esta última afirmación se apoya exclusivamente en que la mujer "idiota o demente" carece de capacidad para prestar consentimiento a una relación sexual, lo que permitiría presuponer que cualquier embarazo que acontezca en estos casos resulta necesariamente producto de una violación.

12) En primer lugar, debe afirmarse que este último argumento del recurrente no puede aceptarse a fines de ponderar la razonabilidad de la norma permisiva, pues sólo atiende a la mayor o menor necesidad de probanzas para determinar la existencia de la violación que pueden darse según que la víctima padezca o no una incapacidad mental. Este extremo no resulta admisible para justificar constitucionalmente que se deje fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no presentan deficiencias psíquicas, pues más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. Por otra parte, el apelante tampoco explica por qué la diferencia que él alega como determinante debería tener preponderancia con respecto a la mentada característica común que otorga a unas y a otras la condición de sujetos de la norma permisiva.

13) En cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sustenta pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se omite toda consideración

con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación de la que ha sido víctima. Al sesgar de este modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86.2 del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legis-

Analizado en tales términos el planteo expuesto en el remedio federal —que, a su vez, en forma asertiva, ha sido el sustento de las resoluciones denegatorias de primera y segunda instancia—, debe afirmarse que su formulación es incorrecta, pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que oblique a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esta postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración del derecho a la vida del feto, sumado —en el mejor de los casos— a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

Esa preferencia por un distinto esquema de valores de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular

estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación v los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar (y a ello la obligaba su propia construcción argumental) un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador) resultaba

14) Conforme los principios sobre los que se ha aceptado el control de constitucionalidad requerido, siguiendo la interpretación que del derecho común ha realizado el a quo, la estructura sistemática de la norma permisiva que define la no punibilidad del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero. Sólo en consideración a este contexto específico es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida (cfr. artículos 85, 86, párrafo primero; 87 y 88, primer supuesto, todos del Código Penal).

Como bien lo advierte el superior tribunal local, la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa de excepción es competencia exclusiva del Poder Legislativo. En esta medida, en tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervinientes tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico

constituye una valoración propia de su competencia.

La excepción a la penalización del aborto que regula el artículo 86.2 del Código Penal (conforme ha sido interpretado por el tribunal a quo) cumple suficientemente con el estándar de validez constitucional expuesto ut supra, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación; exigiendo además el consentimiento de la propia afectada, o de su representante legal.

Este esquema normativo vinculado a la denominada indicación criminológica, en primer lugar, delimita el supuesto excepcional en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo —esto es, el hecho antijurídico precedente—, cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer. También mediante el sistema organizado a través de esa indicación, puede dilucidarse concretamente el juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal, a saber: la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (vgr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena).

A su vez, el ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (la interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma, canalizando por un procedimiento específico la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica, que resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención, coartando así la posibilidad de sustituir la sujeción a la ponderación legal por criterios valorativos regidos únicamente por la autodeterminación de la propia interesada.

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

15) Por último, debe advertirse que el marco de ejercicio del permiso jurídico aguí tratado demanda únicamente que los médicos a guienes es reguerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención. Atento ello, y toda vez que la práctica solicitada en autos está en definitiva autorizada, las exigencias legales que legitiman la injerencia no pueden erigirse en un obstáculo sustancial al efectivo ejercicio del derecho concedido a la mujer, obligando —como ha ocurrido en este caso— a que la niña transite un arduo y traumático proceso judicial que acrecentó innecesariamente el considerable estigma y sufrimiento derivados de la violación de la que fue víctima y que, en razón del tiempo transcurrido, pudo haber puesto en riesgo la posibilidad de practicar una intervención sin peligro alguno para su salud.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada. Notifíquese.— Carmen M. Argibay.

#### Voto del Dr. Petracchi:

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° al 4° del voto de la jueza Argibay.

5º) Que, contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal a favor de la persona por nacer el tutor ad litem y Asesor de Familia e Incapaces. Como agravio federal sostuvo la vulneración del derecho a la vida del nasciturus, el que, dijo, se hallaba garantizado por la Constitución Nacional v por diversos tratados de derecho internacional público. Consideró que la cuestión no se centraba en la constitucionalidad de las diversas autorizaciones previstas en el artículo 86 del Código Penal, las que admitió, sino en la interpretación amplia que se había efectuado de su segundo inciso. Al respecto, sostuvo que era de toda evidencia que su interpretación debía hacerse de manera restrictiva, de modo de reducir a un número mínimo v de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones.

6º) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.). No obstante ello, refirió —con cita de precedentes de esta Corte— que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen. Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7º) Que, tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obstaría a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la Defensoría Pública Provincial obrante a fs. 648). En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquellas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores. Teniendo ello en cuenta la Corte decidió, en tales antecedentes, admitir el remedio federal a fin de que no se frustre su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (Fallos: 310:819 y 324:4061).

8°) Que el recurrente no logra expresar argumentos constitucionales suficientes que sustenten la interpretación que deja fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no tengan deficiencias psíguicas. Pues, más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. En tal sentido, no demuestra —ni se advierte— que en las disposiciones de rango constitucional citadas se reconozcan categorías —o, mejor dicho, preferencias— como las por él postuladas.

9º) Que, en cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sostiene pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca, unilateralmente, la afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación (ver análogos argumentos en Fallos: 324:5, considerando 11, disidencia del juez Petracchi). Al sesgar de tal modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del artículo 86, inciso 2°, del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador.

10) Que, analizado en tales términos, el planteo efectuado en el remedio federal vuelve a exhibir su incorrecta formulación pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que oblique a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de guienes han sostenido esa postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración al derecho a la vida del feto, sumado —en el mejor de los casos— a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

11) Que, esa preferencia por un distinto esquema de valores, de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la interpretación efectuada por el a quo del artículo 86, inciso 2°, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estima-

ción que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar —v a ello la obligaba su propia construcción argumental— un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que había realizado -invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador— resultaba incorrecta.

12) Que, sin perjuicio de lo anterior, las consideraciones del apelante concernientes a normas de jerarquía constitucional omiten tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional, razón por la cual carece el recurso del requisito de relación directa e inmediata que debe existir entre las cuestiones federales propuestas y lo decidido por el pronunciamiento (conf. Fallos: 324:5 y sus citas, disidencia del juez Petracchi). En consecuencia, habrá de declararse su inadmisibilidad.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara inadmisible el recurso extraordinario. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. — Enrique Santiago Petracchi.

#### **COMENTARIO**

#### I. Introducción

El tema de este capítulo es el de la exigencia de subsistencia del gravamen a efectos del control de constitucionalidad en general, o como recaudo del recurso extraordinario en particular. En otras palabras, el tema a tratar hace al requisito de que, cuando el tribunal de que se trate decida la cuestión constitucional planteada en el caso, subsista o perviva el gravamen o agravio constitucional que originara dicho planteo.

Es que, en rigor, el tiempo fluye y, con ese fluir —que hace que el presente sea puro devenir—, lo único cierto, inmodificable e inamovible sea el pasado; lo que otrora representaba un gravamen o daño o agravio constitucional puede alterarse: el gravamen o daño o agravio puede desaparecer por diversas razones y así, el caso puede perder la cualidad contenciosa que lo hace ameritar ser objeto de decisión o resolución.

#### II. Los fallos más trascendentes

Los fallos que considero más trascendentes de cara a ese tema son tres, y corresponden a composiciones distintas de la Corte Suprema argentina: uno es el fallo de la Corte Suprema en el caso Bahamondez (1), del año 1993, suscripto por los ministros doctores Levene, Nazareno y Moliné O'Connor, con voto concurrente de los ministros doctores Barra y Fayt, y disidencia de los ministros doctores Cavagna Martínez, Belluscio, Petracchi y Boggiano; el otro es Massa (2), del año 2006, suscripto por los ministros doctores Highton de Nolasco, Zaffaroni y Lorenzetti, con voto concurrente de los ministros doctores Fayt y Argibay, y la abstención de los ministros doctores Petracchi y Maqueda; el tercero y último es F., A. L (3), del año 2012, suscripto por los ministros doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, con voto concurrente de los ministros doctores Petracchi y Argibay.

Entiendo que los tres brindan una buena muestra sobre el tema que inspira estos párrafos, y enseñan acerca de cómo puede operar el mentado recaudo de subsistencia del gravamen.

En efecto, detectar la insubsistencia del gravamen o lesión constitucional, al momento de la revisión judicial, puede provocar: (i) el cierre o declinación de la jurisdicción, en lo que sería la postura más ortodoxa sobre el tema, y ello es lo que se verifica en el primer caso mencionado; (ii) provocar algún otro efecto, según se verá más adelante en relación con el segundo fallo mencionado; (iii) el *bypass* del efecto explicitado en (i), a efectos de la abrir la jurisdicción y resolver el caso, tal como sucediera en el caso mencionado en tercer lugar. Ya veremos qué fundamentos moran detrás de estas tres posibilidades.

<sup>(1)</sup> Fallos: 316:479 (1993), "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar".

<sup>(2)</sup> Fallos: 329:5913 (2006), "Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional - Dec. 1570/01 y otro s/amparo ley 16.986".

<sup>(3) &</sup>quot;F., A. L. s/medida autosatisfactiva", del 13/3/2012.

## III. Comentarios conjuntos suscitados por estas trascripciones

### a) Hechos

Los hechos del caso "Bahamondez" son relativamente simples: no obstante mediar autorización judicial para la realización de transfusiones de sangre, el paciente Marcelo Bahamondez, internado por una hemorragia digestiva y creyente del culto denominado "Testigos de Jehová", se niega a ser transfundido en razón de sus creencias religiosas; y, a la época en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene que decidir sobre esa negativa, el paciente ya ha sido dado de alta (4).

Los hechos en el caso "Massa" son más complejos: el actor posee, a fines de diciembre del 2001, casi 200.000 dólares en una cuenta de caja de ahorro en dólares; por aplicación de la legislación de emergencia, en el verano 2001-2002, su depósito es puesto en indisponibilidad, luego reprogramado, y finalmente sujeto a restitución pero pesificado (a razón de \$1,40 por dólar), con más ajuste por el coeficiente de estabilización de referencia e intereses. Al momento en que el caso es fallado por la Corte Suprema (5), el resultado que se obtiene aplicando esa legislación ha hecho desaparecer la lesión al derecho de propiedad del actor (6).

Los hechos de "F., A. L.", por último, son los siguientes: una adolescente, de quince años de edad, es violada por el marido de su madre y queda embarazada (7); con aproximadamente cuatro meses y medio de gravidez se le practica una "intervención médica abortiva" (8), con lo que, hacia la época en que la causa se halla en condiciones de ser fallada por la Corte Suprema en punto a la punibilidad de ese aborto, éste ya se ha consumado.

# b) Holding

El holding de Bahamondez consiste en que resulta de inoficioso pronunciamiento el caso relativo a un sujeto que se niega a recibir

<sup>(4)</sup> CS, Fallos: 316: 479 (1993), consids. 5°, 6° y 7°.

<sup>(5)</sup> CS, Fallos: 329:5913 (2006), consid. 12 y 14 in fine.

<sup>(6)</sup> CS, Fallos: 329:5913 (2006), consid. 20 y su remisión a consid. 19. Esa desaparición, "en las circunstancias actuales" —es decir, en el "presente" del decisor, entiendo—es destacada por BIANCHI, ALBERTO B., "Una calma perfecta", LA LEY, 2007-A, 1105/1106.

<sup>(7) &</sup>quot;F., A. L. s/medida autosatisfactiva, del 13/03/2012", consid. 1º.

<sup>(8) &</sup>quot;F., A. L. s/medida autosatisfactiva, del 13/03/2012", consid. 2°, in fine.

una transfusión sanguínea si ha sido dado de alta sin necesidad de dicha práctica médica.

El holding de Massa es que desaparece la lesión al derecho de propiedad de la actora cuando, al momento de fallar la Corte Suprema, la entidad bancaria debe abonar a la actora el depósito de ésta, pesificado a la relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, con más los intereses calculados a la tasa del 4% anual no capitalizable.

El holding de F., A. L. es éste: el aborto ya practicado en una menor cursando aproximadamente cuatro meses y medio de embarazo, originado en una violación, no constituye un caso de inoficioso pronunciamiento y constituye una práctica médica no punible.

De este modo, "Bahamondez" sigue, a pies juntillas, la jurisprudencia que enseña que, cuando circunstancias sobrevinientes hacen desaparecer el agravio, gravamen o lesión constitucional, la Corte Suprema debe declinar su jurisdicción. Así, sigue precedentes tales como "Ediciones La Urraca" (9), "Ríos" (10) o "Defensor del Pueblo" (11), y se ve replicado, más modernamente, en los casos "Alemany" (12), en el de la imagen de la Virgen María (13), "Isern Munné" (14) o "Colazo" (15). En todos ellos, al momento de fallar la Corte Suprema, el agravio constitucional había desaparecido por modificación en las circunstancias fácticas de manera sobreviniente a la interposición del recurso extraordinario; esa desaparición suscita, en todos los casos mencionados, la declinación de la jurisdicción constitucional.

En cambio "F., A. L." es representativo de una jurisprudencia que se empecina en abrir la jurisdicción y resolver el caso aun cuando circunstancias sobrevinientes hayan hecho desaparecer, técni-

<sup>(9)</sup> CS, Fallos: 305: 2228 (1983), "Ediciones de La Urraca SA c. Nación Argentina".

<sup>(10)</sup> CS, Fallos: 310: 819 (1987), "Ríos, Antonio Jesús".

<sup>(11)</sup> CS, Fallos: 324: 3948 (2001), "Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Comunicaciones".

<sup>(12) &</sup>quot;Alemany, Jorge Federico c. Consejo de la Magistratura de la Nación", del 23/09/2008.

<sup>(13)</sup> CS, Fallos: 329: 5261 (2006), "Asociación por los Derechos Civiles y otros c. Estado nacional - Poder Judicial de la Nación".

<sup>(14)</sup> CS, , Fallos: 331: 1429 (2008), "Isern Munne, Pedro Pablo c. Estado nacional - ley 25.188 - Cámara de Diputados de la Nación s/amparo ley 16.986".

<sup>(15) &</sup>quot;Pedido de juicio político contra el Sr. Gobernador Mario Jorge Colazo en los términos del art. 114 de la Constitución provincial s/remesa de coparticipación federal a la Municipalidad de Río Grande", del 04/09/2012.

camente, el agravio constitucional y, por ende, el caso. Esta inteligencia se emparenta con la que se verifica en casos tales como "De Llano" (16), "Deve" (17), "Baremblit" (18), "Bussi" (19), o "Patti" (20), resueltos aun cuando circunstancias sobrevinientes hayan tornado tornado de inoficioso pronunciamiento el caso. Una de las principales vías para que se concrete esta modalidad de excepción es la posible repetición futura: así, en la Argentina, tal sería el supuesto del caso "F., A. L.", según lo explica la propia Corte Suprema. Y similar tesitura se advierte en la jurisprudencia estadounidense: se ha resuelto que no es abstracto el caso en el cual se discute la constitucionalidad de una ordenanza que prohíbe los desnudos en lugares públicos, aun cuando el local sancionado se encuentre ya cerrado (21); tampoco es abstracto fallar sobre la libertad de abortar aun cuando el bebé ya haya nacido (22).

Massa —entiendo— representa una familia jurisprudencial distinta: la desaparición de la lesión constitucional no viene a operar a los fines de abrir o cerrar la jurisdicción del Máximo Tribunal, sino a efectos de decidir —en el momento en que se decida— acerca de la cuestión de fondo, v.gr., la constitucionalidad de la legislación de emergencia impugnada. El ministro doctor Fayt —a diferencia de la mayoría— lo deja sentado muy claramente en su voto: "[L]a aplicación de la normativa de emergencia (...) no ocasiona actualmente lesión al derecho de propiedad de la actora (...). De tal manera, en las indicadas circunstancias, resulta inoficioso un pronunciamiento respecto de la validez o invalidez constitucional de la alteración de la moneda (...)". Si se considera que lo principal era la pesificación, y lo accesorio el ajuste y los intereses, la inoficiosidad de la cuestión de la validez constitucional de aquélla viene a arrastrar a la de éstos. Mas no perdamos de vista la característica principal de este excepcionamiento al recaudo de subsistencia del agravio: percibo que se lo emplea a efectos de resolver la cuestión

<sup>(16)</sup> CS, Fallos: 257: 227 (1963), "De Llano, Isidoro c. E.F.E.A.", cit. en Sagüés, Néstor P., Compendio de derecho procesal constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 172.

<sup>(17)</sup> CS, Fallos: 281: 401 (1971), "Deve, Micaela Aorilice c. Argentino de Acumulación Sol del Plata S. A.".

<sup>(18)</sup> CS, Fallos: 291: 133 (1975), "Baremblit de Lerner, Lía c. Universidad Nacional de Buenos Aires".

<sup>(19)</sup> CS, Fallos: 330: 3160 (2007), "Bussi, Antonio Domingo c. Estado nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados".

<sup>(20)</sup> CS, Fallos: 331: 549 (2008), "Patti, Luis Abelardo s/promueve acción de amparo c. Cámara de Diputados de la Nación".

<sup>(21) &</sup>quot;City of Erie v. Pap's", 120 S. Ct. 1382 (2000).

<sup>(22) &</sup>quot;Roe v. Wade", 410 U.S. 113 (1973).

de fondo, v.gr., la constitucionalidad de la legislación de emergencia impugnada; no detecto que se lo emplee a efectos de la apertura o cierre de la jurisdicción.

## IV. Mi opinión

En esta sección expondré algunas reflexiones acerca de los aspectos prescriptivos del recaudo en estudio, y algunas ideas en punto a sus fundamentos, efectuando alguna referencia a la experiencia procesal constitucional estadounidense.

Enseña la doctrina que el ejercicio del control de constitucionalidad —y el recurso extraordinario es uno de los medios de obtenerlo, aunque no el único— está sujeto a recaudos comunes (por ej., el requisito de caso o controversia, o el de legitimación procesal), propios (por ej., la cuestión federal) y formales (por ej., el plazo) (23). Entre los primeros se incluye el que ocupa estos párrafos.

El recaudo de subsistencia del gravamen al momento de decidir el caso hace a lo siguiente: Una de las reglas que gobierna el ejercicio del control de constitucionalidad consiste en que el mismo no procede en casos abstractos, es decir, cuando el gravamen ha dejado de existir al momento de resolver. En otras palabras, y formulando la regla de modo afirmativo, para que el control de constitucionalidad pueda ser ejercido en el marco de un caso, es menester que el gravamen o agravio constitucional subsista al momento de fallar: dicho gravamen tiene que ser actual o gozar de actualidad respecto del "presente" del juez decisor. El precitado recaudo hace a que un caso judicial tiene necesariamente que ser contencioso: cuando, con el paso del tiempo, el gravamen constitucional ha dejado de subsistir, perdiendo su cualidad de actualidad respecto del decisor, la decisión del caso por parte del tribunal del justicia devine meramente teórica, desligada de una controversia, divorciada de la noción de control judicial de constitucionalidad.

Si el decisor es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todo lo dicho equivale a que el agravio constitucional tiene necesaria-

<sup>(23)</sup> Ver, por todos, Bidegain, Carlos M. (Gallo, Orlando – Palazzo, Eugenio L. – Schinelli, Guillermo C., act.), *Curso de derecho constitucional*, T. IV, nueva vers. rev. y act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 376/377 (requisitos comunes); 378/381 (requisitos propios); y 382/383 (requisitos formales).

mente que subsistir hacia el momento en que ella falle. Y la Corte Suprema argentina, al igual que la norteamericana, no tiene plazo para decidir; empero, es sabido, en el caso del Máximo Tribunal estadounidense, que, si bien no tiene plazo para decidir, los casos que se atrasan y pasan al *term* siguiente son muy raros, integrarán los alrededor de 80 casos que serán admitidos resueltos al *term* siguiente (24). Ello le deja, a ese tribunal foráneo, escaso espacio para discrecionalmente esperar a que el agravio constitucional desaparezca. En cambio, la experiencia argentina muestra casos llamativos, como el caso "Klein" (25), una acción de amparo arribada a los estrados de la Corte Suprema en 1984, declarada abstracta en un fallo de agosto de 1986.

¿Qué puedo decir sobre los fundamentos de la doctrina del recaudo de subsistencia del gravamen?

Percibo en ella un trasfondo de economía y buena administración de justicia, como alguna vez afirmara la Corte Suprema estadounidense (26). En tal sentido, el recaudo de caso contencioso, con su lesión o agravio constitucional, elimina toda posibilidad de declaración general, lo cual se condice con la doctrina de la separación de poderes y, en general, con la veda que pesa sobre el Máximo Tribunal en punto a que no puede emitir dictámenes ni declaraciones generales sino resolver —precisamente— casos o controversias, actuales, vigentes, vivas en el presente jurídico del decisor.

También hay un trasfondo prudencial que avala la exigencia de actualidad en el gravamen (27), y ella se vincula con la prudencia propia del ejercicio de la función jurisdiccional.

Ambos líneas de fundamentos no resultan incompatibles con las cuatro excepciones al recaudo de subsistencia del agravio que la jurisprudencia admite, que se puede resumir así: a efectos del control de constitucionalidad, se tiene al caso cómo hábil para susci-

<sup>(24)</sup> Ampliar en la Rule 3 de las *Rules of the United States Supreme Court*. En el 2010, entre los casos resueltos por opinión *full* o *per curiam*, el saldo fue de cero, conf. *http://www.fjc.gov/history/caseload.nsf/page/caseloads\_Sup\_Ct\_Methods\_of\_Disposition\_2*.

<sup>(25)</sup> CS, Fallos: 308: 1489 (1986), "Guillermo Walter Klein".

<sup>(26) &</sup>quot;Mills v. Green", 159 U.S. 651, 653 (1895).

<sup>(27) &</sup>quot;Franks v. Bowman Transportation Co., Inc.", 424 U.S. 747, 756, n. 8 (1976). Se enseña que, en "Honig v. Doe", 484 U.S. 305 (1988), el presidente de la Corte, Rehnquist, en un voto concurrente, urgió a la Corte para que clarificara las bases del carácter prudencial del requisito y estableciera una regla que permitiera, al Tribunal, intervenir en casos que han devenido abstractos; ver BIANCHI, ALBERTO B., Control de constitucionalidad, T. I, 2ª ed. act., reestr. y aum., Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 305 y su nota 178.

tar la apertura de la jurisdicción —lo cual equivale a no concebirlo como de inoficioso pronunciamiento— cuando:

- (i) existen daños colaterales que el actor pueda sufrir una vez desaparecido el agravio principal (28);
- (ii) el agravio o daño es de muy corta duración, generalmente ha cesado cuando se llega a la sentencia y puede repetirse evadiendo el control, ya sea para el mismo individuo, o para otros dentro del mismo grupo, en la medida en que el caso pueda repetirse en cualquier momento y la duración del daño producido sea tan breve que se convierta en abstracto antes de que se obtenga el control judicial (29);
- (iii) el demandado voluntariamente se allana a la demanda pero puede incurrir en la misma conducta en cualquier momento (30), o
- (iv) cuando se está ante una acción de clase, o *class action* (31), la cual, al involucrar un grupo innominado de individuos, y al haber sido debidamente certificada como acción de clase,

Confrontar, empero, una inteligencia en contrario en "Michel, Carlos Fernando c. Previsol Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA y otros", Fallos: 328: 3708 (2005).

(31) Conf. BIANCHI, ALBERTO B., *Las acciones de clase*, Ábaco, Buenos Aires, 2001. Resulta ilustrativo "Halabi, Ernesto c. P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 - s/amparo-ley 16.986", Fallos: 332: 111 (2009) pues, según surge de la lectura del fallo, al momento de fallar la Corte Suprema, al letrado actor nadie le había aplicado la normativa impugnada con lo que nadie le había afectado su intimidad o privacidad. Se ha afirmado que, en este caso, se ha obligado a la Corte Suprema a dictar reglas jurisprudenciales que, por su naturale-

<sup>(28) &</sup>quot;Sibron v. New York", 392 U.S. 40 (1968); "Carafas v. Lavallee", 391 U.S. 234 (1968); "Super Tire Engineering Co. v. McCorkle", 416 U.S. 115 (1974); "Pennsylvania v. Mimms", 434 U.S. 106, 108 (1977). Para Argentina, ver la disidencia del ministro doctor Maqueda en "Alonso, Rolando Roberto Omar s/recurso de queja", Fallos: 327: 5979 (2004).

<sup>(29)</sup> Ver "Southern Pacific Terminal Co. v. ICC", 219 U.S. 498 (1911); "Weinstein v. Bradford", 423 U.S. 147 (1975); "Moore v. Ogilvie", 394 U.S. 814 (1969); "Dunn v. Blumstein", 405 U.S. 330 (1972) y "First National Bank of Boston v. Bellotti", 435 U.S. 765, 774 (1978). En la Argentina, el antes citado "F., A. L.", que replica el célebre "Roe v. Wade", 410 U.S. 113 (1973) (aunque en éste el bebé había nacido antes de que fallara la Corte Suprema estadounidense, y en "F., A. L." la vida del *nasciturus* ya había sido extinguida al fallar la Corte Suprema argentina e incluso antes de que dictaminara la Procuración General de la Nación).

<sup>(30)</sup> En "United States v. W. T. Grant Corporation", 345 U.S. 629 (1953), donde se demandó, por violación de las leyes antitrust, a un grupo de compañías presumiblemente distintas pero que tenían todas el mismo directorio. Las demandadas se allanaron sosteniendo que cambiarían la composición de los mismos, pero la Corte para impedir esta maniobra tendiente a evitar que recayera cosa juzgada sobre la cuestión entendió que tal allanamiento no era suficiente para declarar como abstracto el caso; ampliar en BIANCHI, ALBERTO B., Control..., ob. y lug. cit.

hace que subsista interés suficiente para todos los miembros de que sea resuelta, sin importar que algunos miembros de la clase hayan desistido de la acción, o el caso haya devenido, para ellos, abstracto.

Estos fundamentos y excepciones huelgan cuando se emplea la cualidad de abstracto en el gravamen o lesión constitucional a efectos no ya de declinar la jurisdicción sino para convalidar constitucionalmente una normativa impugnada.

En casos así, la economía y eficiencia, la protección de la separación de poderes, incluso la prudencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, dejan paso al pragmatismo de que el paso del tiempo —y no se puede evitar el paso del mismo— posea aptitud no ya para reducir la carga de trabajo de los tribunales al tornar los casos constitucionales inadmisibles por insubsistencia del gravamen, sino también para neutralizar o hacer desaparecer cuestiones de fondo, v.gr., lesiones constitucionales otrora sufridas.

 $\sim$ 

za, no son más que soluciones de emergencia; conf. Gozaíni, Osvaldo A., "La crisis del sistema procesal para la defensa de los derechos 'de todos", en LA LEY, 2009-E, 1330/1331.

El sustrato fáctico de "Halabi", parecería ser bien distinto de la que muestra la juris-prudencia norteamericana al considerar subsistente el gravamen en una acción de clase en la que el gravamen originario del actor desaparece a la época en que falla la Corte Suprema: en "Sosna v. Iowa", 419 U.S. 393 (1975), el actor inició una acción de clase tendiente a que se declarara la inconstitucionalidad de una ley del estado de Iowa que exigía residencia de un año dentro del estado para obtener el divorcio en los Tribunales del mismo. La acción fue desestimada por los tribunales inferiores; mientras se sustanciaba la apelación, Sosna completó el año de residencia, lo que tornaba abstracto su caso. La Corte Suprema sin embargo, con el voto del entonces *justice* Rehnquist, sostuvo que la controversia se mantenía viva respecto de la clase de personas que ella representaba. Igual inteligencia se detecta en "Gerstein v. Pugh", 420 U.S. 103 (1975).