

INICIA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Índice

I.	Objeto	3
II.	Síntesis de los fundamentos de esta acción	4
III.	Legitimación	5
IV.	El Protocolo y la Interrupción Legal del Embarazo (ILE).....	6
V.	El embrión humano como sujeto de protección de los Derechos Humanos.....	9
VI.	La protección de la persona por nacer en el ordenamiento jurídico argentino.....	19
	A. La Constitución y los tratados internacionales.....	19
	B. La cuestión del “nacimiento con vida” en el CCyC	24
	C. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia	25
	i. Tanus	26
	ii. El caso Portal de Belén	28
	iii. El caso Sánchez	29
	iv. El caso FAL.....	30
	(a) La interpretación del art. 86, inc. 1 y 2, del Código Penal	30
	(b) Crítica del caso	34
	v. El fallo Artavia Murillo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional.....	43
VII.	Crítica pormenorizada del Protocolo	46
	A. Indebida reglamentación del Código Penal	46
	B. Exceso de competencia. Lesión al federalismo.....	46
	C. Finalidad encubierta del acto	47
	D. Indebida ampliación de los supuestos legales	48
	E. Agravio a la objeción de conciencia	54
	F. Obligación de participar en el procedimiento abortivo.....	58
	G. Limitación en cuanto a la oportunidad de su ejercicio	59
	H. Falta de inclusión del personal técnico-administrativo	61
	I. Negación del derecho a la objeción de conciencia a las personas jurídicas.....	61
	J. Alteración del régimen de minoridad y discapacidad	64

K. La ausencia de razonabilidad	67
i. Vaguedad.....	69
ii. Omisión de identificación del interés sustancial estatal a proteger y su legitimidad	69
iii. Falta de precisión y ejecución del interés sustancial estatal en la protección de la vida humana	69
iv. Ausencia de demostración de que el interés sustancial perseguido sólo puede ser logrado por medio del daño a la vida humana.....	70
v. Permisi3n del aborto durante la duraci3n del embarazo. Ilimitaci3n temporal.....	70
vi. El partial birth abortion o “aborto del parcialmente nacido”. Su procedimiento y alternativa quir3rgica	70
L. Inequidad de G3nero: sometimiento de la mujer a violencia, abandono y servidumbre. Daño a la politica criminal.	95
VIII. Prueba.....	100
IX. Cuestion Federal	104
X. Petitorio.....	105

Señor Juez Federal:

Carlos Elbio Alderete con domicilio real en calle Pueyrredón 250, 4to. Piso; **René Luis Castellón** domiciliado en el Pregon 2465 Ba. Miguel Araoz; **María Cristina Fiore Viñuales**, domiciliada en Rivadavia 480; **Gladys Moisés de Martínez**, domiciliada en Santiago del Estero 337 4to. piso B; **Mónica Elizabeth Medina** con domicilio en Tejada 182; **Miguel Armando Miranda** domiciliado en block R, dpto. 5, 1ra. Etapa Barrio Parque Belgrano; **Andrés Rafael Suriani** con domicilio en las Rosas 551; **Héctor Favio Zerpa** con domicilio barrio Mirasoles Mza. 489 A, casa 13; todos de esta ciudad de Salta y **Jorge Daniel Roldán** con domicilio en ruta 68 Km 167,6, Cerrillos, provincia de Salta; y constituyendo domicilio procesal en calle Buenos Aires 187 de esta ciudad, en forma conjunta con nuestros letrados patrocinantes [cuyos domicilios electrónicos se consignan con las respectivas CUIT] Dres. José Eduardo Durand Mendioroz, T 93 F346 CFT, [20119432414]; Pedro Javier María Andereggen, T.101 F 37 [20149003704]; Jorge Reinaldo Agustín Vanossi T 3 F 404 [20042981894]; Alberto B. Bianchi, T. 25 F 970, [23112664289]; Estela Beatriz Sacristán T. 49, F 130, [27146724146]; y Rodolfo Carlos Barra T. 7 F 246 [20076089133], a V.S. respetuosamente decimos que:

I. OBJETO

1. Venimos a promover acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), contra el Ministerio de Salud de la Nación, con domicilio en Av. 9 de Julio 1925, Ciudad de Buenos Aires, a fin de que se declare:

- i. la inconstitucionalidad de la Resolución N°1/2019 del citado Ministerio, de fecha 12-12-2020,¹ que aprueba el “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo” (en adelante el “Protocolo”), y, en su caso, del mismo Protocolo
- ii. que el “ser humano” existe desde el momento mismo de la concepción.
- iii. que nuestra Constitución Nacional lo considera "niño" al ser humano partir del momento de la concepción.
- iv. que por esa condición el niño no nacido tiene derecho intrínseco a la vida del que no puede ser privado.

Todo ello de acuerdo con las razones de hecho y de derecho que se expondrán a continuación.

¹ B.O. 13/12/2019.

II. SÍNTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DE ESTA ACCIÓN

2. Si bien a lo largo de este escrito desarrollaremos con detalle los fundamentos jurídicos de esta acción que, entre otras normas, tienen sustento en (a) la Constitución Nacional (Const. Nac.); (b) la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 23.849²(la CDN) y (c) la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes,³ (Ley 26.061) sostenemos, a modo de síntesis, que el Protocolo es inconstitucional en tanto:

- i. elimina el deber estatal de protección del derecho a la vida de un número indeterminado de niños por nacer en virtud de la ilegal ampliación de la inimputabilidad penal a casos no previstos en los supuestos de hecho contemplados en el art. 86, incs. 1° y 2° del Código Penal de la Nación y de sus requisitos típicos, como así también la flexibilización absoluta de los requisitos para alcanzar tal condición de inimputabilidad (aborto libre en la práctica);
- ii. con vicio de vaguedad, desvirtúa el concepto de salud al incluirse supuestas causas psicosociales como razón permisiva del aborto, eliminando el requisito legal relativo a que el peligro para la vida y salud no pueda evitarse por otros medios y con la posibilidad de considerarse la mujer víctima de abuso sexual prácticamente a su solo criterio subjetivo;
- iii. posibilita que se realicen actos crueles e inhumanos prohibidos por el art. 18, Const. Nac., como lo son matar a los embriones con el corazón ya latiendo, a los poseedores de sensibilidad y a los fetos totalmente formados, incluyendo la abominación de permitírsele respecto de aquellos en situación de viabilidad dado que, también con vicio de vaguedad, no se fija límite temporal alguno;
- iv. no contempla, siquiera, la posibilidad de realizar un procedimiento menos dañino, a través, por ejemplo, del adelantamiento del parto o del ofrecimiento a la madre de la entrega posterior en adopción, con prohibición incluso, a través de toda suerte de restricciones y amenazas penales y civiles, de poder ofrecer de modo efectivo ala madre gestante, sea a través del Estado o de instituciones, los medios alternativos necesarios para salvaguardar a las dos vidas.

² B.O. 22/10/1990.

³ B.O. 26/10/2005.

- v. altera el régimen de minoridad y discapacidad, al punto de suprimir la representación legal prevista en el CCyC y en las leyes protectoras de la niñez y de las personas mentalmente vulnerables, no requiriendo el consentimiento de los progenitores de menores de 13 años mediante la arbitrariedad de no considerar al aborto como un procedimiento invasivo ni exento de riesgo.
- vi. Afecta el derecho a profesar libremente el culto garantizado en el art. 14 Const. Nac., el derecho a la libertad de conciencia y religión reconocidos en el art. 12 de la Convención Americana de Derechos humanos, toda vez que se restringe y condiciona al personal de la salud en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, obligando a practicar abortos en algunos casos aunque haya sido formalmente ejercido, lo que importa en los hechos su lisa y llana supresión, tal como ocurre en forma directa respecto de las instituciones de salud, a las que, con ilegalidad manifiesta, se les niega expresamente ejercerla en todos los casos.
- vii. produce una injusta desprotección de la mujer violada, especialmente en los casos de violación intrafamiliar, agravando las situaciones de discriminación socio-culturales que se padece en el seno de ciertas familias, al facilitar que el violador fuerce a la víctima a solicitar el aborto gratuito sin denunciar la violación, conduciendo así a nuevas violaciones.
- viii. facilita la posibilidad de la muerte del por nacer por razones ajenas a las causales de inimputabilidad contemplada en el art. 86 del Código Penal, entre tales razones ilegítimas, la frustración de derechos del por nacer, al impedir su nacimiento con vida,
- ix. impide y vulnera el ejercicio de la objeción de conciencia en profesionales de la salud (médicos, enfermeras y otros) y también de instituciones médicas.

III. LEGITIMACIÓN

3. Los abajo firmantes tenemos legitimación procesal activa para promover esta acción, de conformidad en lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26.061 que, en su tercer párrafo, textualmente establece:

*“La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a **todo ciudadano** a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditivas y eficaces.”* (destacado en el original)

IV. EL PROTOCOLO Y LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO (ILE)

4. De acuerdo con el numeral 2 del Capítulo titulado “Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y responsabilidades del sistema de salud”, el Protocolo dice que:

“[...] en la Argentina toda mujer, niña, adolescente y, en general, toda persona con capacidad de gestar, tiene derecho a acceder a una interrupción legal del embarazo que cursa, según los mismos estándares de calidad que el resto de los servicios de salud, cuando: el embarazo representa un peligro para la vida de la persona gestante; el embarazo representa un peligro para la salud de la persona gestante; el embarazo proviene de una violación (se trate o no de una persona con discapacidad intelectual o psicosocial)”.

5. Agrega, asimismo:

“El ejercicio de la opción a ILE en dichas circunstancias se encuadra en el derecho a la autonomía personal. Asimismo, otros derechos que enmarcan el ejercicio de esta opción son los derechos a la intimidad, confidencialidad, privacidad, la salud, la vida, la educación y la información tanto como a los principios de igualdad y no discriminación. Asimismo, tal como lo establece el Código Penal explícitamente es necesario el consentimiento de la persona embarazada”.

6. Se sigue de todo ello que, a juicio del Protocolo, la vida de la persona por nacer, como ser humano, está subordinada a los derechos a la intimidad, confidencialidad, privacidad, salud, educación, información, igualdad y no discriminación de la persona gestante.

7. Por ello, agrega el Protocolo:

“[...] el Estado, como garante del derecho a la salud de la población argentina, [...] tiene la obligación de poner a disposición de quien solicite la [ILE], las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura”.

8. Conforme el Protocolo:

“La decisión de la persona es incuestionable y no debe ser sometida por parte de las/os profesionales de salud a juicios de valor derivados de sus consideraciones personales o religiosas”.

9. A tal fin, el Protocolo establece, como principios generales de la ILE: (a) la autonomía;⁴ (b) la accesibilidad;⁵ (c) la no judicialización;⁶ (d) la confidencialidad;⁷(e) la privacidad;⁸ (f) la celeridad y rapidez;⁹ y (g) la transparencia activa.¹⁰

10. Bajo estos principios, el Protocolo, en sus numerales 3.1 y 3.2, garantiza el derecho de la persona gestante a obtener una ILE, si median algunas de estas dos causales (a) un peligro para su salud o su vida¹¹o (b) que el embarazo sea el fruto de una violación,¹² sin que se requiera, en este segundo caso, prueba alguna

⁴ “Todas las actitudes y prácticas de las/os profesionales de la salud deben estar destinadas a que, en base a la información veraz, adecuada y completa que se le brinde, la mujer pueda tomar la mejor decisión posible para ella”.

⁵ “No deben interponerse obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la prestación de una ILE, ya que ponen en riesgo la salud de quien requiere la práctica”.

⁶ “La interrupción debe ser practicada por el equipo de salud sin intervenciones adicionales innecesarias, sean médicas, administrativas o judiciales”.

⁷ “Es derecho de las personas (con o sin discapacidad) que quienes participen en la elaboración o manipulación de la documentación clínica guarden la debida reserva”.

⁸ “Los servicios donde se lleven a cabo procedimientos de ILE deben respetar la privacidad de las personas usuarias durante todo el proceso. Esto incluye, por lo menos, la adecuación de los espacios donde se practiquen”.

⁹ “A quienes soliciten o requieran que se les realice una ILE se les debe garantizar una atención ágil e inmediata. Las instituciones en las cuales se practique deberán prestar toda la colaboración necesaria para que el proceso de atención integral pueda ser brindado lo más pronto posible. Asimismo, ni las instituciones ni sus empleados/as pueden solicitar requisitos adicionales para la realización del procedimiento”.

¹⁰ “Las/os profesionales de la salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar toda la información disponible de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita”.

¹¹ “La causal salud incluye el peligro para la salud y el peligro para la vida, ya que este último debe ser entendido como la situación extrema de la afectación de la salud. El derecho a la salud debe interpretarse en consonancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Siguiendo la definición de la Organización Mundial de la Salud, entendemos a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 2006). En ese sentido, la causal salud puede definirse por el riesgo de afectación al bienestar físico, mental o social y entenderse que la interrupción del embarazo basada en esta causal es legalmente factible cuando cualquiera de estas dimensiones de la salud está en riesgo. Es decir, que se debe concebir la salud desde una perspectiva integral”.

¹² “De acuerdo al inc. 2 del art. 86 del Código Penal, toda persona víctima de violación (con o sin discapacidad), tiene derecho a la interrupción legal del embarazo producto de dicha violación”.

de la violación, siendo suficiente para ello una declaración jurada de la mujer de haber sido violada,¹³ la cual no es exigible para las niñas menores de 13 años.¹⁴

11. Cabe aclarar que el Protocolo no establece, expresamente, ningún plazo límite para la realización de la ILE. Así, en su tercer capítulo titulado “Procedimiento para realizar la interrupción del embarazo”, se detallan los diferentes procedimientos que deben llevarse a cabo según las semanas de gestación, que varían según se trate de embarazos de hasta 12 semanas o de más de 12 semanas.

12. Por último, en lo que a esta acción interesa, el Protocolo sólo permite un ejercicio muy limitado de la objeción de conciencia el cual sólo puede ejercerse de manera individual, no institucional.

13. Conforme el numeral 5.3 del primer capítulo (Interrupción legal del embarazo: derechos de las personas y responsabilidades del sistema de salud), este derecho:

- Es individual y nunca puede ser institucional. Los servicios de salud deben garantizar las prácticas que el objetor/a se niega a realizar de manera expresa.
- No puede invocarse para eludir el deber de participar de un procedimiento de ILE si no existe otro/a profesional que pueda garantizar la práctica. Tampoco si se tratare de una situación de emergencia según lo establece la ley de derechos del paciente (Ley 26.529).
- Debe manifestarse de manera explícita, con anticipación y para todas las situaciones.
- Puede ser invocada respecto a realizar la práctica concreta del aborto, pero no para las acciones necesarias para garantizar la atención integral, sean previas o posteriores al aborto (por ejemplo: ecografías, toma de tensión arterial, informes médicos o psicológicos, etc.)
- Debe estar regida por el principio de buena fe y no debe afectar derechos de terceros. Su objetivo es resguardar las íntimas convicciones morales de esa persona.

¹³ “En los casos de violación, nunca es exigible la denuncia policial o judicial para acceder a una ILE, basta con una declaración jurada de que el embarazo es producto de una violación”.

¹⁴ “En el caso de las niñas (menores de 13 años) la declaración jurada no es necesaria”.

14. Un último dato, no menos importante para todo este planteo, es que el Protocolo en modo alguno se pronuncia en contra o a favor de la existencia de vida humana desde la concepción. Esta neutralidad, tan significativa –este silencio tan sonoro– será materia de análisis posteriormente.

V. EL EMBRIÓN HUMANO COMO SUJETO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

15. Sin lugar a dudas, el punto de partida filosófico-jurídico de toda esta cuestión tiene que ser la protección del embrión humano (EH) como sujeto de los Derechos Humanos; de lo contrario ¿qué sentido tendrían todas las construcciones sobre los Derechos Humanos si se puede eliminar, impunemente, a las personas por nacer? Ciertamente, esto debe movernos a una reflexión sobre el desarrollo y alcance actual de los Derechos Humanos y de la protección que éstos ofrecen.

16. Bien es sabido que el reconocimiento de los Derechos Humanos ha seguido históricamente un proceso evolutivo. Primero, sus aproximaciones intelectuales, las disputas de teólogos, filósofos, juristas y políticos. También su vigencia cultural con el cristianismo, aun cuando no llegó a colmar la totalidad de sus aplicaciones prácticas. Más adelante, como respuesta frente a exigencias de circunstancias antes inexistentes o no advertidas, su reconocimiento parcial para situaciones concretas, o como inspiradores de movimientos políticos de profunda raíz intelectual revolucionaria.

17. A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la situación es distinta: se ha llegado a un reconocimiento universal de los Derechos Humanos, concepto que tiene categoría jurídica y política propia, con efectos expansivos horizontales y verticales -para todas las naciones y para todos los seres humanos- con pretensión de vigencia jurídica -es decir, coercitiva- universal, aunque todavía sin una vigencia igualmente efectiva en todo el mundo.

18. No obstante, para la definitiva vigencia de los Derechos Humanos faltan aún muchos pasos. Todavía hay naciones que no han adherido a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de la Naciones Unidas en 1948. Otras, a pesar de ser formalmente signatarias de ella, no la cumplen en la práctica, y no sólo ocasionalmente, sino de manera sistemática.

19. Pero todo es parte del proceso evolutivo ya señalado. Fue necesaria la cruda experiencia del nazismo para que la Declaración viera la luz. Más tarde se advirtió que la Declaración era para todos los seres humanos en general, pero había necesidades a satisfacer especialmente en beneficio de determinadas categorías de seres humanos: los derechos debían ser especificados; así, a favor

de las mujeres, los niños, los que padecen persecución por razón de la raza. Y también se procedió a la especificación por criterio: en lo político, o en lo económico, o según la región.

20. Nacieron así -con el efecto multiplicador de los Derechos Humanos, de que habla Bobbio¹⁵- las respectivas Declaraciones, Pactos y Convenciones protectoras de tales derechos específicos. También se avanzó mucho en la vigencia jurídica supranacional -se insiste, coactiva- como lo muestra la dirección que siguen los sistemas europeo y, con excepciones, americano. Hay casos especiales de fuerte vigencia jurídica en lo interno, de lo cual es ejemplo sobresaliente la Constitución argentina luego de la reforma de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a la Declaración Universal y a los principales documentos internacionales sobre Derechos Humanos, permitiendo incluso la sucesiva inclusión de otros documentos de la misma naturaleza en el cuerpo constitucional, como lo veremos más abajo.

21. Falta mucho todavía, porque son muchas las necesidades humanas que tienen que ser satisfechas con específicas declaraciones de Derechos.

22. En el campo de las ciencias biomédicas es preciso destacar la "Convención de Asturias de Bioética", firmado en Oviedo, España, el 4 de abril de 1997.¹⁶

23. En su Preámbulo, las partes firmantes reconocen que "el mal uso de la biología y de la medicina pueden conducir a conductas que ponen en peligro la dignidad humana" y que es necesario tomar medidas para "salvaguardar la dignidad humana y la libertad y derechos fundamentales de los individuos con relación a la aplicación de la medicina y la biología". Por ello, el Convenio obliga a todas las partes a establecer, en su derecho interno, las normas jurídicas necesarias para proteger la "dignidad e identidad de todos los seres humanos y garantizar a todos, sin discriminación, el respeto por su integridad y otros derechos y libertades fundamentales con respecto a la aplicación de la biología y

¹⁵ BOBBIO, Norberto (1986) *El futuro de la democracia*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, pp. 175-176: "La democracia política es sólo una avanzadilla que tiene efectos multiplicadores en todos los ámbitos. Una vez implantada en la esfera política, posee un efecto expansivo hacia la esfera social, allí donde el individuo ejerce de padre y de hijo, de empresario y de trabajador, de médico y de enfermo, de enseñante y de estudiante, de administrador y de administrado, de jerarca y de creyente... Le es esencial al proceso ocupar nuevos espacios que quizá hasta ahora estaban dominados por organizaciones de tipo jerárquico y burocrático."

¹⁶ CONSEJO DE EUROPA (1997) *Convención de Asturias de Bioética*. Disponible en: <http://www.filosofia.org/cod/c1997ast.htm> (último acceso: 21/11/2020). Esta Convención peca por insuficiente, pero tiene la virtud de generar el análisis de la cuestión en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con algunas afirmaciones positivas.

de la medicina" (art. 1º), ya que "el interés y bienestar de los seres humanos deben prevalecer sobre el exclusivo interés de la sociedad o la ciencia" (art. 2º). Así, se prohíben las intervenciones en el genoma humano, salvo con propósitos de diagnóstico o terapéuticos (art. 13), también la selección de sexos, excepto (lo que es criticable) para evitar serias enfermedades hereditarias vinculadas con el sexo (art. 14). En lo que a este caso interesa en particular, el Convenio obliga a asegurar adecuada protección al embrión, en los casos en que la ley autorice la investigación sobre embriones in vitro, aunque prohíbe la creación de embriones humanos sólo con propósitos de investigación (art.18).

24. Este Convenio demuestra, una vez más, que los seres humanos reaccionamos frente a los estímulos. Después del Estado totalitario y el genocidio, comenzaron las declaraciones internacionales de Derechos Humanos. Y ahora, después de muchos excesos científicos, nace esta reacción, bien que todavía limitada y parcial. No caben dudas de que la manipulación del embrión humano, o la barbarie del aborto del "parcialmente nacido" (de conflictiva práctica en EEUU) conducirá inevitablemente al reconocimiento del estatuto jurídico del por nacer en el ordenamiento internacional de los Derechos Humanos.

25. De ello se ocupó el "Comitato Nazionale per la Bioetica", que dio a conocer sus conclusiones en Roma, el 22 de junio de 1996, el cual analizó, entre otros aspectos, la eliminación masiva de embriones humanos en el Reino Unido.¹⁷

26. Allí, el Comité reconoce que ciertas prácticas médicas de fin lícito pueden, como medio o como consecuencia, provocar el daño o supresión del EH. ¿Son tales prácticas moralmente lícitas frente al deber, universalmente reconocido, de no dañar al otro? ¿Se aplica este principio al EH? ¿Es el EH un ser humano?

27. Claro que -entendemos- si se trata de un embrión "humano," tiene que participar, de alguna manera, de la "humanidad". Pero ello es predicable en distintos sentidos. Por ello el Comité evita ceñirse a una utilización del término "humano" que pueda ser ambivalente, o tener remedos discriminatorios. Su pregunta es más práctica y, en cierto sentido, más profunda. ¿Es el EH persona? Si lo es, por un lado refuerza la obligación moral de protegerlo y, por otro, genera el derecho de tutela.

¹⁷ FRATI, Luigi (1996) "Postilla", pp. 41-43, en Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano*, Società e Istituzioni, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 22 giugno 1996. Disponible en: http://bioetica.governo.it/media/1902/p24_1996_identita-embrione_it.pdf (último acceso: 21/11/2020)

28. El citado informe también evita utilizar una concepción de "persona" de consecuencias igualmente discriminatorias. Es decir, evita definir a la persona por sus propiedades o funciones de las que es capaz (capacidad de reflexión, de autoconciencia, de autodeterminación, de comunicación intersubjetiva, de representaciones simbólicas). Tomando en cuenta algunas de estas funciones, habría seres humanos que no serían personas y sí, en cambio, lo serían ciertos animales o cosas robóticas.

29. Para el Comité, "ser persona en el sentido ontológico, es una simple consecuencia de la posesión de la naturaleza racional". Como la racionalidad es connatural a lo humano, "la simple posesión de la naturaleza humana implica para cada individuo humano el hecho de ser persona". Por supuesto que esta racionalidad -se admite- se manifiesta según un proceso evolutivo y puede ser más o menos ampliamente impedida por circunstancias accidentales, y hasta desaparecer totalmente en su manifestación externa, lo que no excluye el reconocimiento de la dignidad humana en el carenciado.

30. Para calificar al EH como persona, debe darse adecuada respuesta a los problemas de la "individualidad" y de la "identidad". Desde cierta perspectiva -que el Comité admite- la persona se caracteriza por su individualidad, y esta última surge a partir de la permanencia en la autoidentidad durante toda su existencia. Se es uno porque se es, siempre, uno mismo. ¿El EH tiene individualidad, en el sentido de estar determinado en su identidad? ¿A partir de cuándo?

31. La individualidad -cabe reiterar- se caracteriza por la permanencia, desde el inicio hasta el fin de la existencia, de una misma identidad en el ser así individualizado. Yo soy yo -joven, viejo; no educado, educado; sano, enfermo- desde mi principio hasta mi fin. Por conservar permanentemente mi identidad ontológica -identidad del ser- soy un individuo. Por ello todo ser humano desde su primera célula -con una información genética diferente de la de sus progenitores- tiene su propio cuerpo, primero unicelular, luego pluricelular, absolutamente individual, sin que pueda confundirse con el cuerpo de la madre ni de nadie más: El aborto provocado, precisamente, acaba con la viabilidad de las funciones corpóreas del no nato; sea quitándole su soporte vital (impidiendo el anidamiento) sea mediante su destrucción específica y violenta (aplastamiento, descuartizamiento, envenenamiento por solución salina, etc.)

32. Lo humano ya no se identifica por las características "morfofuncionales" (composición, aspecto y comportamiento básico) de un ser. El actual desarrollo de la ciencia genética permite identificar lo humano por el ADN que se encuentra en el ser en cuestión. Este es el depositario de aquellas características que acompañan a todo ser viviente desde el primer al último instante de su historia.

Desde su constitución cigótica -desde la fusión de los gametos, afirma el Comité- el EH posee un ADN "que contiene secuencias específicamente humanas". Este dato biológico permite atribuir al EH naturaleza humana desde la fecundación. Como ya vimos, si posee naturaleza humana, es persona.

33. Una afirmación muy importante volcada por el Comité es que, desde la fecundación, el ADN del embrión humano es portador de un "programa de desarrollo" que, en el transcurso normal de su evolución, manifestará a un individuo humano con las características morfofuncionales que conocemos, en un "desarrollo endógeno [que] no puede conducir a un resultado diverso". Spaemann escribe:

(d)ecimos, por ejemplo, "yo nací en tal momento o en aquel lugar", "yo fui engendrado entonces o allí", aunque el ser que fue engendrado, o nació, no dijo "yo" en ese momento. Es más, no decimos: "Entonces o allí, algo nació, a partir de lo cual yo llegué a ser". Por ello afirma: No hay personas potenciales; las personas tienen potencias, capacidades. Las personas pueden desarrollarse, pero, ninguna cosa se transforma en una persona. Alguien no llega a ser tal por vía de procedencia a partir de algo. Si la personeidad fuera un mero estado, entonces podría llegarse a ser tal, gradualmente o por etapas; pero, si una persona es alguien que puede atravesar por varios estados y experimentar variadas disposiciones, entonces la persona es siempre anterior a tales estados. La persona no es el resultado de un cambio, sino, de una generación, como las sustancias, de Aristóteles. La persona es sustancia, porque la personeidad o el ser personal es el modo en que el ser humano es. La persona, ni comienza a existir con posterioridad al ser humano, ni cesa de existir antes que este.¹⁸

34. La individualidad exige la identidad consigo mismo. El EH es "en sí mismo", es decir, no pertenece al sistema biológico de otro individuo. Está en la madre -hoy hasta podría no estarlo físicamente (maternidad subrogada)- pero no es de la madre. Es, parafraseando a Jaspers,¹⁹ la "ensimismidad" (ser en sí mismo) del EH lo que lo individualiza. Al ser en sí mismo no puede ser sino idéntico a sí mismo; de lo contrario se violaría el principio de no contradicción.

¹⁸ SPAEMANN, Robert. "¿Es todo ser humano una persona?". *Persona y Derecho*, 37 (1997): 9-23.

¹⁹ JASPERS, Karl (1959) *Filosofía 2*, San Juan de Puerto Rico: Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, trad. de Fernando Vela [1932], p. 134.

35. La individualidad de un ser, junto con la ensimismidad, se caracteriza por la alteridad, ya que sólo se puede ser uno mismo si se es otro con respecto al resto de los seres. El EH es "otro" con relación a la madre Y al resto de los "otros" del universo. Junto con la "ensimismidad" y la "alteridad", el individuo EH se destaca por la "complejidad" o por su generación compleja, a partir de seres distintos. Sin duda, además, el EH es un individuo vivo, sujeto a un proceso evolutivo, es decir, con cambios biológicos a través del tiempo.

36. El EH es un individuo vivo, y ¿a qué especie pertenece? No es un vegetal, no es un animal no racional. El sentido común nos indica que es un ser humano: "¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana?", nos pregunta con angustia el Papa Juan Pablo II.²⁰ La ciencia responde de modo inequívoco que se trata de un individuo de la especie humana.

37. El informe antes citado describe las fases o estadios fundamentales del desarrollo embrionario, durante los 56 días que van desde la fecundación hasta el comienzo del período fetal.²¹ En el primer día se asocian ambos patrimonios genéticos, para ya, en el segundo día, comenzar la actividad de transcripción de la información genética contenida en el cigoto, que es la que otorga las características específicas del individuo.

38. Es cierto que, hasta el cuarto o quinto día desde la fecundación, las células del EH son "multipotentes", es decir, podrían generar más de un individuo, pero aun así no es posible afirmar con certeza que esta circunstancia afecte a la identidad del EH en su momento precoz, contrariamente a la duda que arroja el informe, ya que dicha posibilidad (o su contraria) se encuentra en el mismo programa genético establecido en el momento de la fecundación. Se trata de un proceso genético en el que cada etapa depende de la otra, la anterior define a la posterior, en una unidad de información genética. Así la identidad genética comienza con la fecundación y en el EH precoz (anterior al sexto día) podrían encontrarse uno o más individuos, con su propia identidad que se diferenciarán en el momento correspondiente. Es un supuesto, en los casos excepcionales de gemelos, de "individualidad participada" -es decir, dos seres personales que participan provisionalmente de una misma individualidad- en un conjunto celular vinculado por una determinada información o programa que los identifica

²⁰ *Evangelium Vitae*, § 60. Disponible en: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html (último acceso: 21/11/2020)

²¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, Società e Istituzioni, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 22 giugno 1996, pp. 12-13. Disponible en: http://bioetica.governo.it/media/1902/p24_1996_identita-embrione_it.pdf (último acceso: 21/11/2020)

a cada uno de ellos en tal conjunto. Es decir, en el primer estadio de su evolución, el EH podría "contener" a más de una persona, pero esto no autoriza a negar la naturaleza personal de ambas. Debe advertirse que el individuo se caracteriza por no poder ser dividido, pero en el caso no estamos en presencia de una división, sino de una generación. No se divide lo mismo, sino se generan dos realidades diferentes pero preexistentes, a partir de un programa ya preestablecido.

39. Debe señalarse que el reconocimiento unánime, por parte del Comité, de la identidad personal del EH a partir de, por lo menos, el sexto día desde la fecundación, excluye la admisibilidad del aborto, por lo menos en su práctica habitual, siempre posterior a aquel momento. Sobre todo, destruye la tesis de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el fallo abortista *Roe vs. Wade*,²² negatoria de la personalidad de EH y basada en la viabilidad del nacimiento, con su doctrina de los tres trimestres, como también destruye a la corrección parcial de esa jurisprudencia en *Planned Parenthood vs. Ashcroft*²³ y su doctrina de la "viabilidad". Por lo menos desde un momento tan temprano como el sexto día, estamos en presencia de un indudable ser humano, una persona que merece la tutela de la ley y el respeto de los que son, sin duda, sus semejantes, en el sentido ontológico del término.

40. Así entonces, quienes niegan la individualidad del EH precoz, sostienen que este carece de identidad, por la posibilidad de desarrollar más de un individuo humano, en un proceso que denominan de "reidentificación", lo que probaría la falta de identidad individual, ya que dos no son lo mismo que uno. Pero esto es sólo una hipótesis. ¿Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que en el EH, aún formado por células multipotentes, no se encuentra identificado -en su completo programa genético- un, o eventualmente más de uno, individuo humano?

41. Unánimemente el Comité concluye²⁴ en que el EH no es una cosa: pertenece a la especie humana (claro que todo lo que pertenece a la especie humana es un ser humano, no hay otra categoría conocida). Aun los que plantean el problema de la "reidentificación", admiten que el EH precoz "posee el estatuto ontológico de una estructura biológica humana específicamente organizada", es

²² 410 U. S. 113 (1973).

²³ 462 U. S. 476 (1983).

²⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, Società e Istituzioni, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 22 giugno 1996, p. 25. Disponible en: http://bioetica.governo.it/media/1902/p24_1996_identita-embrione_it.pdf (último acceso: 21/11/2020)

decir, es humano, un ser humano en estado, precisamente, embrionario, lo que no quita ni disminuye su humanidad. Fundamentalmente, en el seno del Comité prevaleció la tesis según la cual la identidad personal del EH existe y permanece desde la fecundación. Para algunos de sus miembros, esta es una tesis de certeza; para otros, posee un elevado grado de plausibilidad.

42. En respuesta a estas dudas, la Academia Pontificia Pro Vita, a través del destacado biólogo Mons. Elio Sgreccia, ha advertido que "... el fenómeno de los gemelos se ha explicado con la teoría según la cual el individuo embrional, ya constituido desde la fecundación, da origen a otro individuo que inicia un proceso vital independiente con un patrimonio genético idéntico."²⁵ Y agrega: "El análisis correcto de los datos científicos, además, pone en evidencia que desde la fecundación el destino del organismo está determinado: la plasticidad celular y la maleabilidad del desarrollo embrional precoz no contradice a la individualidad establecida desde la fusión de los gametos...". Por su parte López Moratalla, luego de admitir que "no se conoce con precisión el mecanismo de la gemelación in vivo a partir de una única fecundación," señala que a partir de determinados datos científicos se puede sostener que "una sola fecundación daría dos cigotos que se desarrollan independientemente, bajo la misma cubierta (la zona pelúcida del ovocito fecundado), y que serían hermanos gemelos."²⁶

43. En sus conclusiones, la Academia Pro Vita afirma la personalidad del EH desde la misma fecundación con base en: "1) La argumentación biológica: los datos aportados por la embriología y la genética nos permiten afirmar que desde el primer estadio del desarrollo embrional nos encontramos en presencia de una individualidad biológica humana; 2) La argumentación biográfica: es evidente que destruir un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano; 3) La argumentación ética: un principio general de la moral afirma que no es lícito actuar con un conciencia dubitativa. En la duda acerca de enfrentarse a una persona humana, es imperativo respetar al embrión humano como si lo fuese, de otra manera se aceptaría el riesgo de cometer homicidio".

²⁵ SGRECCIA, Elio y LAFITTE, Jean (2008) *El embrión humano en la fase de preimplantación; aspectos científicos y consideraciones bioéticas*, Ciudad de Vaticano, Biblioteca de Autores Cristianos, actas de la duodécima Asamblea General de la Pontificia Academia para la Vida, p. 37.

²⁶ LÓPEZ MORATALLA, Natalia (2003) "La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida", *Persona y Bioética*, N° 2021-21: pp. 6-23, esp. pp. 16-17. Disponible en: <https://docplayer.es/13513929-Del-embrión-humano-en-los-primeros-quince-días-de-vida.html> (último acceso: 21/11/2020)

44. En el mismo sentido se ha expedido nuestra Academia Nacional de Medicina²⁷ al considerar:

“Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país.

Que destruir un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano.

Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento.

Que el derecho a la “objeción de conciencia” implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (Art. 14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional)”.

45. No caben dudas, por lo demás, de que la humanidad del “concebido” es un hecho que goza de comprobación científica suficiente. Así lo ha demostrado Licenciado Jorge Benjamín Aquino:²⁸

“La biología nos dice que luego de la unión del espermatozoide con el óvulo se origina una nueva vida. Esa vida es humana, ya que sus padres son también seres humanos, y porque lo que se origina tras un período de desarrollo es un hombre. También porque sus cromosomas, que son diferentes en su información genética a los de sus padres, son también humanos, y son de un embrión (con sus telómeros más largos). Además, es el primer momento en que en un individuo humano se encuentra presente la dotación de cromosomas y la misma información genética que va a caracterizar a cada célula de ese mismo individuo a medida que crece. Por lo tanto ese ser pertenece a la especie humana [...] es evidente que la célula huevo o cigoto es un individuo distinto de sus progenitores. También que es una nueva vida perteneciente a la especie humana y un nuevo ser humano [...] Un embrión humano es un ser humano o persona en estado inicial de desarrollo. No es un ser humano o persona

²⁷ ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA (2018) Declaración del 22/3/2018. Disponible en: <https://anm.edu.ar/wp-content/uploads/2018/07/1.pdf> (último acceso: 21/11/2020). En igual sentido, declaraciones anteriores, tales como las del 30/07/2015; 30/09/2010; 04/08/1994.

²⁸ AQUINO, Jorge Benjamín (2018) “El embrión como ser humano desde la óptica de la biología del desarrollo”. Disponible en: <https://centrodebioetica.org/el-embrión-como-ser-humano-desde-la-optica-de-la-biologia-del-desarrollo/> (último acceso: 21/11/2020)

en potencia; sólo está en potencia de ser un feto, un bebe, un adolescente y un adulto [...] tanto el embrión como el feto pertenecen a la especie humana y es propio de esa especie tener naturaleza racional. Tanto el embrión como el feto no pueden realizar actos humanos [...] porque no están suficientemente desarrollados pero eso no significa que no sean seres humanos y, por lo tanto, personas humanas. [...] La conclusión es que no es posible que un individuo de naturaleza racional sea persona a partir de determinado momento: o se es persona siempre o debemos negar al hombre esa condición.”

Corresponde responder, a modo de conclusión, el interrogante planteado al comienzo de este cap. V: ¿Es el EH sujeto de protección de los Derechos Humanos? Spaemann afirma:

La obligación de reconocer a las personas incondicionalmente podría ser ilusoria, si, como ya hemos dicho, la cuestión sobre si debiéramos o no reconocer que un determinado ser humano es, de hecho, una persona, fuera una materia librada a nuestro juicio prudencial para lo cual se argumentase, por ejemplo, que la misma determinación de cuáles sean los criterios configuradores de la personabilidad es discutible, o que puede darse la duda sobre si tales criterios concurren, indefectiblemente, en un caso concreto. El término "incondicionado" quedaría degradado a una mera façon de parler²⁹. (...) Solamente puede haber y debe haber, un único criterio para la personabilidad: el de la pertenencia biológica a la raza humana.³⁰

Por su parte Massini³¹, siguiendo el criterio de Spaemann, concluye con impecable lógica:

Cualquier criterio que se agregue a la pertenencia a la especie humana resultaría fatal para los derechos humanos, ya que quedarían librados a la voluntad de poder y a las veleidades de los poderosos ocasionales.

²⁹En francés en el original.

³⁰SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional*, Rialp, 1989, págs. 49-50, cit. por Massini infra. Este autor concluye “un derecho que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derechos. Los derechos humanos, entendidos de modo positivista, no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables”

³¹Massini Correas, C. I. *Sobre el embrión humano y la cuestión de la personabilidad*, Prudentia Iuris. 2013, 76. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3165>

VI. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA POR NACER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

A. La Constitución y los tratados internacionales

46. La Constitución nacional, a partir de su reforma de 1994, establece, en lo que aquí interesa, que ciertos tratados y convenciones internacionales (que enumera) "*sobre derechos humanos*", "*tienen jerarquía constitucional*."³² En el sistema adoptado, resulta claro que estos tratados y convenciones integran la Constitución; son la Constitución misma. Esta interpretación es indiscutible por cuanto: a) fue la intención del reformador constitucional, reflejada en el debate de la Convención Constituyente; b) la misma Constitución define que los restantes tratados tienen jerarquía superior a las leyes, pero inferior a la Constitución;³³ c) la norma constitucional los define como "*complementarios*" de los "*derechos y garantías por ella [la Constitución] reconocidos*," y lo complementario es lo que perfecciona, lo que lleva a algo a su plenitud; y d) se exige un procedimiento especial y mayorías severas, iguales, precisamente, a aquellas impuestas para la sanción de la ley que declara la necesidad de la reforma de la Constitución, para la incorporación de un acuerdo internacional como "*tratado constitucional*", lo mismo que para su denuncia.

47. Entre los tratados y convenciones ya incorporados al cuerpo de la Constitución se encuentran (en lo que aquí especialmente interesa) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Estos cuerpos constitucionales, acertadamente, parten de considerar al por-nacer en su calidad de persona a todos los efectos jurídicos. Así, el art. 3º de la CADH afirma que: "*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*", mientras que el art. 4º, inc. 1º, complementa: "*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*". Por lo tanto, el concebido es persona, ya que el citado art. 4º, inc. 1º, dice que la protección de la ley a la vida de la persona comienza a partir del momento de la concepción, es decir que, desde ese momento, se es persona y por lo tanto se goza del reconocimiento de la personalidad jurídica y de los efectos de tal reconocimiento.

48. Por su parte, el art. 1º de la CDN establece: "*Para los efectos de la presente Convención [en la Argentina, para los efectos de la Constitución en cuanto se refiere al niño], se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años*

³² Art. 75, inc. 22, Const. Nac.

³³ Art. 75, inc. 22, primer párr.

*de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Esta convención es vigente para la Argentina con la siguiente declaración interpretativa: "Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: (...) Con relación al art. 1º de la Convención (...), la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad."*³⁴

49. En consecuencia, de acuerdo con la Constitución, el concebido es un ser humano que goza de la esfera de protección que la CDN le otorga al niño, entre ellos "el derecho intrínseco a la vida" y el derecho a su "supervivencia y desarrollo" (art. 6º).

50. Si bien la norma de la CADH se refiere a que la protección de la ley será "en general", la misma norma excluye a las privaciones arbitrarias de la vida. Aunque esta disposición podría despenalizar el aborto en determinadas situaciones (de hecho, ello ocurre en la legislación argentina, como se verá más adelante) sólo sería constitucional la norma penal que lo hiciera en caso de circunstancias graves, objetivas y excepcionales, justificando así la aplicación de eximentes de pena conforme con los principios generales del Código Penal. De todas maneras, dicha expresión "en general", aun en su interpretación más amplia, se encuentra relativizada por el art. 6º de la CDN. Su apartado 2º establece: "Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (destacado agregado)- por lo cual sería arbitraria cualquier despenalización amplia del aborto superior al estricto riesgo de vida de la madre.

51. A partir del reconocimiento de la humanidad y de la personalidad jurídica, le resultan aplicables al concebido todo el régimen de protección de derechos humanos que le corresponden al nacido de acuerdo con la Constitución (incluyendo, obviamente, los tratados constitucionales) y el resto del ordenamiento, conforme con sus circunstancias existenciales. Es de destacar el "derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"³⁵ como también la protección "contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental,"³⁶ cuestiones estas de especial trascendencia no sólo frente al aborto sino ante la manipulación del embrión cualquiera sea su finalidad.

³⁴ Según ley aprobatoria 23849 (B.O. 22/10/1990).

³⁵ Art. 52, CADH.

³⁶ Art. 19, CDN.

52. Los tratados constitucionales no indican cuándo comienza la concepción (si la vida humana). Sin embargo, otra norma constitucional, el art. 75, inc. 23, a la vez que fortifica la afirmación del embrión como persona humana y, por ende, persona jurídica, ayuda a definir –desde el punto de vista de la interpretación jurídica- dicho momento. El art. 75, inc. 23, Const. Nac., 2º párr., establece que 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, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. El constituyente se refiere al “embarazo”, que es una situación de la madre. Pero también es desde ese momento en que al embrión se lo considera niño y, por consiguiente, sujeto al estatus jurídico establecido por la CDN, norma constitucional complementaria, es decir, de perfeccionamiento del derecho. Desde ese momento, el embrión-niño en situación de desamparo -es decir, en situación, por su madre o por sí mismo, de desventaja social- es acreedor a los beneficios previstos por el constituyente. Sólo puede ser acreedor si es persona para el Derecho, como lo explicita el juego de los arts. 3º y 4º de la norma constitucional complementaria CADH.

53. Por lo demás, las palabras de la norma (en el caso, la Constitución) tienen que ser interpretadas en su sentido literal o gramatical salvo que se imponga determinar su significado jurídico.³⁷ La expresión “embarazo” se refiere a un estado que tiene un momento inicial en el que no se distingue entre los distintos estadios de evolución del embrión. La mujer está embarazada -o bien se produce el embarazo, como sinónimo de fecundación, según la intención del constituyente- a partir de la penetración del óvulo por el espermatozoide. Debe destacarse que la norma constitucional protege al niño desde el embarazo, mientras que a la madre lo hace durante el embarazo. Así, el constituyente ha querido remarcar el momento inicial al referirse al niño-embrión (el Concebido).

54. Pero este reconocimiento de la personalidad del embrión tiene aún mayores efectos. Por obra de los procedimientos de fecundación artificial o asistida, sería posible la fecundación del óvulo en vía extracorpórea, para luego ser implantado a la madre o portadora.

55. Más allá del juicio de valor que esta técnica provoque, lo cierto es que es posible la existencia de un período de tiempo durante el cual, sin que la madre se encuentre físicamente embarazada, se produzca la situación médica de fecundación como equiparable a embarazo. Al separar el texto constitucional las dos situaciones -el embarazo de la madre y la personalidad del embrión “desde el embarazo” o fecundación, sin referencia a la situación de la madre o portadora-

³⁷ *Pavetti, Norberto Augusto c/ Ente de Garantización de Jornales*, Fallos: 308: 2475 (1986); *Juárez, Celestino Z. y otra c/ Gas del Estado*, Fallos: 302: 1678 (1980); entre otros.

generó dos supuestos distintos de protección constitucional, dos acreedores distintos, lo que refuerza la conclusión acerca de la personalidad jurídica del embrión, "desde el embarazo" o "fecundación" o "concepción," en la Constitución nacional.

56. Otro criterio de interpretación aceptado es que, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas expresan jurídicamente, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento sin prescindir por cierto de las palabras de la ley, pero efectuando una interpretación razonable y sistemática,³⁸ es decir, a la luz del mismo ordenamiento. Pues bien, el art. 76, CC, hacia 1994, establecía: "La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximum y mínimum de la duración del embarazo," equiparando así el embarazo con la concepción, como duración global y, lógicamente, como comienzo el período. Esta misma idea fue reiterada por el legislador contemporáneo al constituyente cuando, al reformar el art. 77, CC,³⁹ mantuvo, en el punto, su redacción original: "El máximo de tiempo de embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días", es decir, un período de tiempo que no admite ninguna división en estadios. El mismo legislador repitió el concepto en el art. 264, CC: el conjunto de derechos y deberes que integran la patria potestad corresponde a los padres "desde la concepción de estos [los hijos] y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

57. Las del párrafo precedente son las normas que tenían ante sí los constituyentes de 1994. Y la sanción del nuevo CCyC⁴⁰ no innovó, sino que ratificó esas normas: el art. 19, CCyC, establece que la "existencia de la persona humana comienza con la concepción"; el art. 20, CCyC, sobre "Duración del embarazo. Época de la concepción" establece un período de tiempo igual al del art. 77 ya citado.

58. El constituyente, al utilizar en el texto mismo de la Constitución la expresión "embarazo" como comienzo de la personalidad jurídica del embrión, ha utilizado el "lenguaje del derecho", según su empleo en el entonces vigente CC

³⁸ *Corporación Financiera Internacional*, Fallos: 330: 2892, del 3/7/2007; *Obra Social del Personal Directivo de la Construcción*, Fallos: 330: 2093, del 8/5/2007; *Administración General de Vialidad Nacional*, Fallos: 244: 129 (1959); entre otros.

³⁹ Por medio de la Ley 23.264 (B.O. 23/10/1985).

⁴⁰ Ley 26.994 (B.O. 8/10/2014).

como también por el legislador contemporáneo a la misma celebración de la Convención Constituyente, y confirmado por el nuevo CCyC.

59. Definido que, para nuestro ordenamiento jurídico, a nivel constitucional el nasciturus, desde la concepción es niño, corresponde nos detengamos a considerar el grado de protección que las convenciones constitucionales le otorgan a ese sujeto-niño, sin perjuicio del régimen de seguridad social especial e integral (que supone y exige la vida) previsto en el art. 75.23, Const. Nac.

60. Recordemos que el art. 2.1 de la CDN dispone que “Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de... los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño...”. La de por-nacer es una condición del niño, aún antes de su nacimiento, y cualquiera sea su situación física, no sólo frente a malformaciones sino entendiendo que la situación o condición de no nacido pueda interpretarse como una forma de impedimento para su defensa (por ej. el llanto y/ o la defensa por terceros).

61. En forma terminante el art 6.1, CDN, prescribe: “Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, mientras que el siguiente inciso ordena “Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

62. Tengamos también presente que el art. 4.1, CADH, establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, derecho que debe estar “protegido por la ley” “desde el momento de la concepción.” Para esto, conforme con el art. 2º, “...los Estados partes se comprometen a adoptar...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos...” los derechos y libertades reconocidos por la CADH.

63. ¿Cómo protege la ley, en la máxima medida posible, el derecho a la vida de toda persona? En general, el ordenamiento protege los derechos por la vía del cumplimiento coactivo de la obligación o bien de la reparación, o de ambos. Claro que esto no es posible con relación al derecho a la vida. Para la víctima, una vez conculcado este derecho, no hay cumplimiento ni reparación posible, sin perjuicio de la indemnización debida a los deudos, lo que, en el punto, carece de importancia. Es cierto también que el derecho a la vida se protege con una política económica y social que limite, “en la máxima medida posible”, el número de indigentes, de los excluidos de los beneficios de la vida social, los que no tiene suficiente atención sanitaria, o abrigo, o alimento. También la prevención y la educación sexual. Estas políticas también harían disminuir, en mucho, el número de abortos; lamentablemente ciertos gobiernos promueven la legislación

abortista mientras, con sus políticas absurdas, condenan a gran parte de su población a la miseria.

64. Pero la protección última, en la máxima medida posible, no puede ser otra que la norma penal, en lo que esta tiene de efecto disuasorio (desgraciadamente, nunca absoluto) con respecto a la comisión del hecho tipificado como delito.

65. Las legislaciones que, antes que contemplar situaciones de exculpación penal con relación al delito tipificado despenalizan el aborto en cualquier caso durante un determinado período del embarazo, violan aquellas exigencias constitucionales. Al no estar penado el aborto, es una conducta permitida, absolutamente libre, ya que todos estamos habilitados a hacer aquello que la ley no prohíbe. Salvo las expresas prohibiciones legales, los individuos podemos hacer lo que nos dé la gana, con excepción de aquello que dañe injustamente a otro: pues bien, en el caso del aborto libre, lamentablemente, ni siquiera se debe considerar esta última limitación.

66. La ley 26.061,41art. 1º, es enérgica al prescribir: “(L)os derechos aquí reconocidos están asegurados por su **máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.**” (destacado agregado). A su vez, el art. 3º brinda el significado de la expresión “interés superior” como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.”

B. La cuestión del “nacimiento con vida” en el CCyC

67. El CCyC contiene tres artículos estrechamente vinculados con el contenido de esta demanda: los arts. 19, 20 y 21, CCyC .

68. El art. 19prevé: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Según lo dispuesto en la CADH, art. 1º, inc. 2º, persona y ser humano son sinónimos. Por su parte, concepción es el acto de fusión del espermatozoide con el óvulo.

69. “Concepción” y “época del embarazo” son también términos intercambiables (art. 20, CCyC), con lo cual el legislador civil ha seguido la terminología utilizada por el constituyente en el art. 75.23, Const. Nac.

70. El concebido es sujeto de derecho y como tal titular de derecho y obligaciones. Se trata de derechos en expectativa, que se adquirirán en forma

⁴¹ Ley 26.061 (B.O. 26/10/2005).

definitiva, con efectos al día primero de la concepción, de nacer el concebido con vida, de lo contrario, a efectos de la adquisición de los derechos, se considerará que la persona nunca existió (art. 21, CCyC). Claro está que la norma se refiere a los derechos que podemos calificar a estos efectos como “segundos” que dependen de actos de terceros (por ej., donación, legado) o hechos sobre terceros (la muerte del causante que genera derechos sucesorios al concebido) ya que el derecho “primero” –el derecho a la vida- es vigente con la vida misma, solo dependiente del fenómeno biológico de la concepción. Es obvio que el legislador no ha querido hacer depender el derecho a la vida del concebido del hecho de un tercero (el causante del aborto) ya que de lo contrario habría propuesto una contradicción lógica: si se tiene derecho a la vida, se tiene derecho a no ser asesinado, por lo cual el asesinato no puede ser justificación para afirmar que no existieron ni vida ni derecho a la misma.

71. Se sigue de todo ello que la expresión “(S)i no nace con vida...” del párrafo segundo, art. 21, cit., debe leerse como “(S)i no nace con vida por causas naturales...”. De lo contrario el mismo legislador estaría consintiendo la burla a sus prescripciones, burla que es autorizada por el Protocolo y, como veremos, por el fallo FAL.

C. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia

72. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de expedirse acerca del estatus jurídico del por nacer en Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires,⁴² acerca de la autorización para provocar el nacimiento prematuro de un por nacer anencefálico; Portal de Belén c/ Ministerio de Salud de la Nación,⁴³ acerca del carácter abortivo de determinadas drogas; Sánchez, Elvira c/ Ministerio de Justicia de la Nación,⁴⁴ acerca de indemnizar a los abuelos de un por nacer asesinado por la represión antisubersiva ilegal; y FAL,⁴⁵ acerca de la inimputabilidad del aborto cometido por una mujer capaz, violada.

73. Como veremos, FAL, por su obiter, significó un cambio de 180 grados con respecto a la totalidad de la jurisprudencia anterior. Sin embargo es, hasta la fecha, un único pronunciamiento en este sentido, por lo cual no puede ser considerada jurisprudencia asentada. Conviene entonces analizar con algún detalle tal evolución jurisprudencial, donde se ha valorado exhaustivamente la

⁴² Fallos: 324: 5 (2001).

⁴³ Fallos: 325: 292 (2002).

⁴⁴ Fallos: 330: 2309 (2007).

⁴⁵ Fallos: 335: 197 (2012).

nueva regulación constitucional (Constitución y convenciones internacionales de nivel constitucional) en la materia.

i. Tanus

74. La actora se encontraba gestando un niño que padecía de anencefalia, condición que provocaba la absoluta inviabilidad del niño fuera del vientre materno aún producido el parto según los tiempos normales, es decir, su “fallecimiento indefectible” al muy poco tiempo de nacer.⁴⁶ En estas condiciones, la madre solicitó, ante la justicia de la Ciudad de Buenos Aires, autorización para inducir prematuramente el parto o practicar una cesárea, aduciendo la situación de grave afectación psíquica que el embarazo le producía. En la práctica, el nacimiento prematuro era sinónimo de muerte prematura, lo que se presentaba como una fuerte objeción a la procedencia de la solicitud de la demandante.

75. El Superior Tribunal de la Ciudad hizo lugar a la acción de amparo,⁴⁷ resolución que fue recurrida ante la Corte Suprema federal por el Asesor de Incapaces local.

76. La Corte, por mayoría (Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López) y un voto concurrente (Bossert) resolvió confirmar la sentencia; señaló que no se trataba de un caso de aborto sino de inducción de un nacimiento anticipado. El voto concurrente⁴⁸ muy bien señala que, en el caso, “la muerte del niño ocurrirá irremediabilmente a las pocas horas de nacer, cualquiera sea el momento en que se produzca, medie o no inducción del parto, como consecuencia de la anencefalia”. Y agrega: “El feto ya ha cumplido ocho meses de gestación, término que, de no mediar la citada afección, permitiría un nacimiento con vida y en plenas condiciones de viabilidad. De manera que, en el presente caso, la causa de la muerte del niño será la anencefalia y no la inducción del parto”, para hacer una correcta valoración de los derechos en juego: “Ello conduce a advertir que el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del nasciturus no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con ‘viabilidad nula en la vida extrauterina’ (cita informe médico).”⁴⁹ Lo importante a efectos del presente es lo que señala la decisión mayoritaria (la

⁴⁶ Ver cons. 6º.

⁴⁷ Los argumentos utilizados por el Tribunal local son monstruosos. En síntesis, califica a ese por nacer como “sub humano”, negando su calidad de ser humano.

⁴⁸ Cons. 14.

⁴⁹ Ver también consids. 6º, 9º y 10 del voto mayoritario.

mayoría de la mayoría) en el Considerando 11, después de diferenciar el caso con la hipótesis de aborto: “El alumbramiento sólo pondrá en evidencia que (el por nacer) no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art. 2 de la ley 23.849 –aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño- y el art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos...Todavía se encuentra vivo dentro del vientre de otra persona, su madre, de quien se diferencia desde aquel momento y no a partir de su nacimiento.” Como se puede apreciar la Corte, además de invocar los dos documentos internacionales con valor constitucional, relevantes para el caso, con los alcances que hemos destacado más arriba, precisa muy bien la “alteridad” existente entre la madre y el *nasciturus*, tal como resulta claramente del art. 75.23 Const. Nac.⁵⁰.

77. La disidencia de Nazareno⁵¹ merece ser comentada con mayor detalle. La argumentación, aquí, se desarrolla como respuesta a dos preguntas trascendentes para el tema del derecho a la vida y la cuestión del aborto (más allá del dramático caso que tuvo que enfrentar la Corte): “1) ¿es el organismo viviente que anida en el vientre de la actora, a pesar de la patología que padece, una persona por nacer?; 2) en caso afirmativo ¿tiene derecho a la vida?; y si en efecto lo tiene ¿debe prevalecer sobre el que ha invocado la madre para fundar el amparo?”. Nazareno responde a la primera pregunta con recurso, primero, al viejo art. 70, CC,⁵² incluso con una muy inteligente aplicación de la, se pensaba, anacrónica norma del art. 51, CC: “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”, es decir, seres humanos (no había otras personas “de existencia visible”, hoy, según el nuevo art. 19, “personas humanas”). Hoy, dice el voto comentado, aquella curiosa norma debe interpretarse según una nueva luz: “dado que el derecho es una idea práctica que se nutre de la realidad es preciso acudir a las ciencias que estudian la realidad biológica humana, esto es, la genética, para establecer cuáles son los rasgos característicos de

⁵⁰ Lo importante es que, de esta manera, tomando en cuenta también los votos disidentes de Boggiano y Nazareno, se conforma una mayoría de seis jueces en favor de la interpretación estricta y literal de las normas constitucionales aplicables a la cuestión del comienzo de la vida humana y la necesidad de su protección integral.

⁵¹ Cabe destacar que esta disidencia se refiere a la cuestión de fondo discutida en la causa –la procedencia jurídica de la inducción prematura del parto- y no sobre la “cuestión de fondo” que aquí nos ocupa –el derecho a la vida del *nasciturus* en cualquier estado de su evolución pre natal, tema en el cual, como veremos al comentar “Portal de Belén” la mayoría de la Corte estaba totalmente de acuerdo. Sin perjuicio de ello, es oportuno recomendar la lectura completa de la disidencia del Juez Nazareno, de una corrección jurídica impecable.

⁵² Volveremos sobre tal norma al comentar *Sánchez*; sin perjuicio de ello, recordemos que el sistema de los actuales arts. 19, 20 y 21 del nuevo CCyC no difieren de la regulación hecha por Vélez Sársfield.

humanidad’.”⁵³ Luego de una interesante, y necesariamente sintética, transcripción científica que nunca fue cuestionada, Nazareno propone la siguiente conclusión: “De ello se deduce que el ADN humano o genoma humano identifica a una persona [nosotros podríamos decir aquí “a un ser determinado”] como perteneciente al género humano y, por ende, constituye un signo ‘característico’ e irreductible de humanidad.”⁵⁴ Nazareno se pregunta luego⁵⁵ si la persona por nacer anencefálica tiene derecho a la vida. Para responder positivamente a esta pregunta –que, obviamente, es aplicable a toda persona por nacer- la disidencia se funda en el art. 75.23, Const. Nac., el art. 4.1, CADH, y en la CDN, “en las condiciones de su vigencia.”⁵⁶ “De las disposiciones constitucionales transcriptas –existen otras concordantes que las complementan- surge que el constituyente le confirió al niño el status jurídico de persona desde la concepción en el seno materno protegiendo su vida sin efectuar distingo alguno...”⁵⁷

ii. *El caso Portal de Belén*

78. La cuestión debatida en tales actuaciones “consiste en determinar si el fármaco...denominado anticoncepción de emergencia’, posee efectos abortivos al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello determina que sea necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno...”⁵⁸ cuestión que volveremos a considerar al comentar *Artavia Murillo*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵³ Cons. 8º.

⁵⁴ Cons. 8º. Es lo que se mencionabamos antes: estándose al estado actual de la evolución científica es posible afirmar que si un ser porta con sí el ADN humano, es un ser humano; el EH, a partir de la misma fecundación, porta un ADN humano diverso del de sus padres, por tanto es un ser humano.

⁵⁵ Cons. 9º.

⁵⁶ Es decir, para la CDN con la “reserva” (así la denomina correctamente el voto de Nazareno) hecha por Ley 23.849.

⁵⁷ Cons. 9:, cit.

⁵⁸ Cons. 3” de la mayoría. La mayoría se formó por los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Vázquez. Las disidencias se basaron en el rechazo de la vía del amparo o bien del recurso extraordinario, sin entrar en la cuestión de fondo.

79. En Portal de Belén, la Corte admitió la procedencia del amparo, y declaró que el fármaco era abortivo, con cita de las disidencias de Nazareno y Boggiano en Tanus y con expreso apoyo en las ya citadas normas de la CADH y CDN.⁵⁹

80. Es importante también rescatar de Portal de Belén, de cara a la decisión de la Corte (con otra composición) en FAL, lo expuesto en el Cons. 15: “Que cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1. y 2) impone el deber para los estados partes tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que es ‘deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos’ (O.C. 11/909, parágrafo 23)”.

iii. El caso Sánchez

81. Durante la dictadura militar, la hija de la actora había sido asesinada por fuerzas de seguridad. La víctima se encontraba embarazada de nueve meses, por lo que con ella murió también la hija que llevaba en su seno (nieta de la actora). La Sra. Sánchez, como abuela del Concebido, solicitó la indemnización prevista en la ley 24.411, lo que le fue denegado ante la circunstancia de que la niña no había nacido con vida, por lo que no había adquirido derechos de conformidad con lo dispuesto en el entonces art. 70, CC.

82. La Corte resolvió en favor del accionante –votos de Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay- aplicando al caso lo dispuesto por el la Ley 24.411, art. 2º, según el cual la indemnización la recibe el causahabiente no por sucesión del causante sino a título propio, como reparación por la muerte de, en el caso, la nieta. Es decir, la Corte tomó en cuenta que el por nacer tiene la calidad de persona, y así, puede fallecer aún no nacido. Es cierto que al no nacer con vida no adquiere derechos para sí, pero ello no significa que los sujetos identificados por la citada ley carezcan de derechos propios a ser indemnizados por tal hecho criminal. Es decir, 1) el por nacer es una persona viva; 2) esa persona puede ser asesinada, y así se lo considera de manera independiente al asesinato de su madre; 3) como persona, el por nacer tiene causahabientes que, en el caso de la Ley 24.411,⁶⁰ son titulares de una indemnización, no porque la madre no pudo dar

⁵⁹ Ver consids. 13 y 14.

⁶⁰ Art. 2º bis, agregado por la Ley 24.823 (B.O. 28/5/1997).

a luz, sino por el daño (absoluto: la muerte) sufrido por el por nacer en tanto que individuo diverso a su madre.⁶¹

83. Además de tales acertadas argumentaciones, la mayoría de la Corte resolvió hacer lugar al recurso extraordinario planteado por la actora en forma concordante con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante. En otras palabras, coincidió con el dictamen fiscal donde se utilizó, en forma sintética, la misma argumentación de Portal de Belén: “...el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana...derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”.

84. Por su parte, el voto concurrente de Highton de Nolasco y de Zaffaroni, se limitó a señalar que “...esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que cabe remitir en razón de brevedad”. Así, directamente, hizo lugar al recurso “de conformidad con lo dictaminado” por aquel Magistrado.

85. Así es, entonces, que una Corte unánime (en ese momento era ya de siete miembros) había aceptado los argumentos constitucionales de Portal de Belén, sin perjuicio de las, a los efectos de la postura que aquí defendemos, también importantes consideraciones del voto de la mayoría.

iv. El caso FAL

(a) La interpretación del art. 86, inc. 1 y 2, del Código Penal

86. Recordemos sintéticamente el caso. Una menor de 15 años de edad quedó embarazada como consecuencia de la violación sufrida por parte de su padrastro. La madre de la niña solicitó autorización judicial para hacerla abortar, con base en lo dispuesto en el art. 86, incs. 1º y 2º, Código Penal. La demanda fue admitida por el Superior Tribunal provincial (Chubut) contra lo cual el Asesor General de la Provincia planteó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema.

87. La cuestión nos obliga a refrescar la legislación penal en la materia. La calificación del aborto provocado como delito se encuentra dentro del Libro Segundo, “De los Delitos”, Título I, “Delitos Contra las Personas”, Capítulo I, “Delitos contra la vida”, del Código Penal sancionado en 1921, en una regulación que es hoy todavía vigente en su texto original. Sin duda, el legislador penal había sido congruente con la definición contenida en el art. 70, CC: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”. El

⁶¹ Cfr. cons. 9º.

ordenamiento mantenía así su coherencia: el nasciturus es persona por lo cual su protección penal debe encuadrarse dentro del cuerpo de normas que regulan los delitos contra la vida de las personas, inmediatamente después de la tipificación de diversas hipótesis de homicidio. Cabe desde ya destacar que esta coherencia se mantiene aún después de la reforma integral del CC pues el art. 19, CCyC prescribe: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”, por lo cual no sólo aquella coherencia sigue viva, sino que la despenalización del aborto, en tanto no se derogue el citado art. 19 (sin perjuicio de las normas constitucionales que ya hemos mencionado) importaría su quebrantamiento.

88. Sin perjuicio de las causales de inimputabilidad previstas en el art. 34, Código Penal y de las de graduación de la pena según sus arts. 40 y 41⁶², el art. 86 declara no punible “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta...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”. Esta última norma ha sido motivo de controversias desde el origen de su vigencia, aun cuando la unanimidad de la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina penalista la interpretaban en un sentido restringido, esto es que la inimputabilidad del aborto era procedente siempre que la víctima de la violación (y madre abortante) fuese “una mujer idiota o demente”, y no en otro caso.

89. Daba pie a esta interpretación la falta de coma inmediatamente luego de la palabra “violación” y la propia historia de la norma. Sobre esto último, cabe transcribir la excelente síntesis efectuada por el Profesor de Historia del Derecho y de Derecho Constitucional, Ezequiel Abásolo⁶³, sobre el origen y sentido del art. 86 del Código Penal: “Surgió de concepciones eugenésicas, muy al gusto de la época, consagratorias no de una pretendida libertad de las mujeres, sino del

⁶² Interesa subrayar la regla del art. 41, inc. 2, que obliga al juez a que, al momento de graduar la pena, tome en cuenta “*La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir...las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad...*”. Recordemos que la pena prevista para la mujer que “*causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare*” es de uno a cuatro años de prisión (art. 88) lo que lleva en la mayoría de los casos a su no cumplimiento efectivo.

⁶³ ABÁSULO, Ezequiel (2018) “Raíces eugenésicas de los abortos no punibles en la Argentina”, *Forum – Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: UCA, N° 6: pp. 79-84, esp. p. 81. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2556/1/forum6.pdf> (último acceso: 21/11/2020)

‘derecho’ del estado a eliminar seres humanos indeseables. O sea, de la negación más absoluta de la finalidad humanista de un auténtico Estado de Derecho.”

90. La inserción, en el código, no se debió a la obra del autor general, que fue el diputado demócrata bonaerense Rodolfo Moreno (hijo), sino a la participación de los tres integrantes de la comisión revisora del proyecto en la Cámara Alta, senadores Joaquín V. González, Enrique del Valle Iberlucea y Pedro A. Garro. Así, en septiembre de 1920 éstos informaron a sus pares que era “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... nazca un ser anormal o degenerado”. Su modelo de referencia fue el art. 112, Anteproyecto de código penal suizo de 1916. Su fuente de conocimiento de este dispositivo resultó más bien endeble: los senadores no alcanzaron a leer el anteproyecto en sí mismo, ni mucho menos las discusiones de sus autores, sino que basaron su dictamen en las informaciones favorables sobre el proyecto vertidas por el penalista español, futuro miembro informante de la comisión redactora de la constitución republicana de 1931 y exiliado en la Argentina durante el gobierno de Francisco Franco, Luis Jiménez de Asúa, en su obra *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericana*.

91. En abono de su punto de vista, los senadores citaron la “autoridad” del profesor ginebrino Alfred Gautier (uno de los maestros de Jiménez de Asúa), quien evaluaba que se “podrían añadir consideraciones de orden étnico, y que cuando el embarazo sea resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, podría argüirse... el interés de la raza”. En definitiva, para sus autores el punto estaba más que claro. Vale decir, “¿qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?”.

92. A mayor abundamiento, cabe recordar que, entre sus motivos, la Comisión responsable de la inserción del inciso 2º del art. 86 del Código Penal señalaba también: “El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Colonia en 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales”. El corolario, pues, era terminante: “es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”.

93. Va de suyo, que el aborto no punible contemplado en el art. 86, inc. 2º, Código Penal vigente argentino, ninguna relación guarda con el llamado “empoderamiento femenino.” Por el contrario, como señala Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, no puede dudarse de que la intención del legislador no fue sino eugenésica.⁶⁴

94. Para finalizar, no se pierdan de vista las inequívocas palabras de uno de los más destacados corifeos del aborto eugenésico. Me refiero al ya recordado Luis Jiménez de Asúa, quien en un artículo titulado “El aborto y su impunidad” –significativamente citado en el dictamen que la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación presentó el 29 de octubre de 2010, con la firma de los doctores Stella Maris Martínez y Julián Horacio Langevin, en la recordada causa FAL- expresó con brutal sinceridad: “La interrupción del embarazo con miras eugénicas persigue una recta finalidad: impedir el nacimiento de infelices seres tarados, con una enorme carga degenerativa.”

95. Quienes cuestionaban la interpretación que aquí denominamos “restrictiva” se apoyaban en los defectos técnicos de la norma, especialmente cuando se refiere a que el embarazo provenga de “una violación o de un atentado al pudor”, cuando de esta última conducta, en si misma, no podría seguirse un embarazo. Sin embargo, es obvio que los autores de la norma tomaron en cuenta la opinión de Gautier, conforme la cual se admitía que el acto sexual en perjuicio de una demente podía ocurrir con violencia (violación) o sin ella, por mera seducción, a lo que el legislador calificó en el cit. art. 86.2, sin mucha coherencia con esta última figura típica, como “atentado al pudor”.

96. De todas maneras, estas discusiones interpretativas no pueden servir como base para la crítica de FAL. En este caso, la Corte podría muy bien haber interpretado la norma en favor del imputado (cualquier caso de violación) sin caer en un obiter de discutible acierto.

97. Hemos señalado más arriba la necesidad de conservar la coherencia entre la legislación civil y la penal; es que, si el por nacer adquiere irrevocablemente

⁶⁴ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato (2012) “El aborto no punible en la Argentina”, *Pensar en Derecho*, Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, N° 0: pp. 331-378, esp. p. 341. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/o/el-aborto-no-punible-en-la-argentina.pdf> (último acceso: 21/11/2020).

En consecuencia, esta cláusula viene a adolecer de una profunda e insalvable inconstitucionalidad, propia de reflejar un clima de época signado por la primacía de una disciplina pseudo-científica conforme la cual, como bien lo explica el distinguido profesor de la Universidad de Buenos Aires Ricardo Rabinovich-Berkman, se pretendía reducir la noción de ser humano a una dimensión meramente biológica, susceptible de ser disociada del concepto de persona.

derechos bajo la condición de su nacimiento con vida (art. 21, CCyC) el aborto podría ser un medio para evitar tal adquisición de derechos, seguramente en beneficio de terceros.

98. Veamos un ejemplo posible: Una mujer y un hombre contraen matrimonio bajo el régimen de separación de bienes (art. 505 CCyC). La mujer queda por primera vez embarazada del marido, quien fallece antes de cumplirse las doce semanas de gestación (suponiendo el aborto libre durante ese tiempo). No hay otros descendientes ni ascendientes del causante. La mujer podría recurrir al aborto sin ninguna restricción para incrementar su participación hereditaria, o incluso en cualquier momento, alegando una falsa violación.

(b) Crítica del caso

99. Como ya lo hemos adelantado más arriba, FAL ha recurrido a una argumentación, por vía de obiter, en la cual realizó una interpretación contradictoria con la letra expresa de las normas constitucionales que en dicho obiter se consideraron. Ciertamente FAL podría haber llegado a la misma decisión –la inimputabilidad del aborto del por nacer concebido en una violación, sin importar la capacidad mental de la madre- aplicando simplemente –bien o mal- principios interpretativos propios del derecho penal sin necesidad de transitar por senderos constitucionales tan manifiestamente equivocados.

100. FAL reconoce que la norma mencionada establece un “marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo”⁶⁵ (obviamente, de su madre) y que dicho marco normativo “i”, pero, agrega, esa es una regulación de seguridad social pero no punitiva, por lo cual “resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar...la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación en particular”.

101. El razonamiento es sorprendente. La Constitución, en el cit. art. 75, inc. 23, declara que el por nacer, en un “continuo” que comienza con el embarazo de la madre⁶⁶ hasta la finalización del período de enseñanza elemental, es un niño. Independientemente de lo regulado en la CDN (que, por otra parte, debe leerse junto con el art. 75, inc.23, Const. Nac.), el término “niño” tiene un significado común en nuestro idioma (“que tiene pocos años”, Diccionario RAE)

⁶⁵ Cons. 9º.

⁶⁶ Como el ordenamiento normativo es un sistema integrativo, debe ser considerado que esta norma se encuentra reglamentada en el CCyC, posterior a la reforma constitucional, que, en su art. 20 declara equivalentes “concepción” y “embarazo”. De acuerdo con esa norma, la presunción *iuris tantum* es que el embarazo, en circunstancias habituales, comienza el día trescientos contados hacia atrás desde el día anterior al nacimiento.

habitualmente aplicado a un infante, sin perjuicio de la mención de esta palabra en el art. 2642, CCyC, y en la Ley 26.061, de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, ya citada.

102. Entonces la palabra “niño,” aplicada por la Constitución Nacional al ser cuya existencia comienza con el embarazo, debe –no hay otra posibilidad– integrarse con lo regulado en la CDN y en la Ley 26.061. El art. 6º, CDN, prescribe: “1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida; 2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Por su parte, la Ley 26.061, ley especial y posterior al Código Penal, además de ser complementaria del CC, contiene normas que la Corte, en FAL, debió haber tomado en cuenta, entre ellas, especialmente:

“Artículo 1º.- OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Artículo 2º.- APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Artículo 3º.- INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Artículo 8º.- DERECHO A LA VIDA. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.”

103. ¿Protege la vida del niño por nacer la ley que permite el aborto provocado? ¿No debió la Corte haberse hecho esta misma pregunta, aunque ella llevara a considerar la validez constitucional de la totalidad del art. 86 del Código Penal?

104. FAL también interpreta de manera insuficiente lo dispuesto en los arts. 3º y 4º, CADH. Señala que, del art. 4º, CADH, “no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del art. 86, inc. 2º, del Código Penal [con cita del informe 23/81, Comisión Interamericana de Derechos Humanos].”⁶⁷

105. No nos interesa discutir aquí el contenido del informe de la Comisión (caso Baby Boy, 23/81), en tanto carece de efectos obligatorios imperativos para nuestro ordenamiento, conforme con la propia jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia. De todas maneras, puede ser cierto que, en general, la intención de la norma sea la de no prohibir este supuesto de exculpación penal, lo que no quita que, para nuestro ordenamiento jurídico en el nivel constitucional, como lo hemos visto más arriba, y en una correcta interpretación de la misma –la que debe ser “integrativa” con el art. 75.23 Const. Nac. y la CDN– los arts. 3º y 4º, CADH, sean suficiente base constitucional para sostener tal interpretación “restrictiva” de la norma penal (en realidad, interpretación literal). Aun así Baby Boy no es buen apoyo para FAL. Primero porque, según lo relata el mismo Informe,⁶⁸ Estados Unidos, parte en el caso, había asentado una declaración interpretativa “en el sentido de que deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares”, declaración o reserva que nuestro país no asentó. El mismo Informe⁶⁹ indica que “Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del art. 4, hay que considerar las circunstancias en que se practicó. ¿Fue un acto “arbitrario”? Un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el art. 4”.

106. Para FAL “...la Convención (CADH) no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste (del nasciturus)”. Esta frase es importante. Según la Corte la protección no es absoluta –de allí la expresión “en general” que utiliza el art. 4.1, CADH– pero esto significa que fuera de los supuestos de excepción a la regla “general” la protección si debe ser absoluta⁷⁰ “a partir del

⁶⁷ Cons. 10.

⁶⁸ Numeral 14, *in fine*.

⁶⁹ Numeral 14, *in fine*.

⁷⁰ Recordemos que el art. 2º de la Convención prescribe: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo

momento de la concepción”, determina la norma citada. Lo más importante, a los efectos que estamos analizando, es la frase final de ese apartado del art.4º (colocado con punto seguido inmediatamente después de la expresión “concepción”): “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

107. Además de que FAL no hace ningún análisis acerca de si el aborto de un niño concebido como consecuencia de una violación a mujer sana⁷¹es o no arbitrario, no cabe duda que si será arbitrario, en el sentido del art. 4.1, CADH, el aborto libre –es decir, no causado en una razón válida para el estándar de una mujer o madre común- aún con límite en los tres meses de embarazo.

108. Quizás sea en su análisis, en lo pertinente, de la CDN donde se encuentran los errores más impactantes de FAL. La primera cuestión⁷²es el valor del Preámbulo de esta norma constitucional. En lo que interesa, dicho Preámbulo reza textualmente:

“...teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el ‘niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’”.

109. La Corte remite a los trabajos previos a la Convención según los cuales ninguna de las disposiciones del Preámbulo debería conducir a otorgar un alcance determinado a cualquiera de las disposiciones del texto de la misma Convención. Aún así, la Corte no ha tomado en cuenta que, en términos de derecho internacional positivo, el art. 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁷³ el Preámbulo forma parte del contexto del Tratado a los efectos de la interpretación de sus términos. De manera que, si bien es cierto que el Preámbulo de la CDN no es mandatorio para los Estados partes, no lo es menos que la laguna de su art. 1º –a los efectos de la consideración o no como niño al por nacer, por carecer de un término inicial expreso- debe llenarse conforme con su contexto, incluyendo a su Preámbulo, siempre para aquellos

a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷¹ Ciertamente la hipótesis que la norma penal contempla expresamente es más que arbitraria. Además, es, en su inspiración eugenésica y racista (en el punto, “nazi”, aunque sin saberlo), monstruosa.

⁷² No es la más importante, pero estamos siguiendo el mismo orden de razonamiento del fallo, en este caso, en el cons. 13.

⁷³ U.N., 1969, vigente para la Argentina por Ley 19.865 (B.O. 11/1/1973).

Estados que no hayan declarado cual consideran el término inicial de la existencia del niño. Como ya lo sabemos, la Argentina, como la mayoría de los Estados parte en un sentido o en otro, lo ha hecho expresamente.

110. En realidad, la Convención, aun manteniendo el texto del Preámbulo, no ha pretendido con él incidir sobre los Estados que admiten el aborto. Precisamente el texto del art. 1º, indefinido en cuanto al comienzo de la existencia del niño, fue resultado de un compromiso a los efectos de permitir la suscripción de la Convención dejando libertad a cada uno de los firmantes a que, mediante declaraciones interpretativas lo hicieran. Los Estados abortistas en general declararon que el art.1º debía entenderse en el sentido de que se es niño desde el nacimiento, mientras que los Estados no abortistas lo hicieron declarando que la condición de niño comienza con la concepción⁷⁴.

111. Pero FAL tampoco ha tomado en cuenta que, cualquiera sea el valor del Preámbulo de la CDN para el derecho internacional, para el derecho constitucional local aquella es norma constitucional, y lo es íntegramente, incluyendo a su Preámbulo. Tratándose de una norma constitucional, no hay porqué negar al Preámbulo de la CDN el mismo valor que tiene el Preámbulo del texto de la Const. Nac., que es más que interpretativo y preceptivo. Sin perjuicio de ello, aún para el derecho internacional, en tanto el Preámbulo no modifica las condiciones en que la Argentina se ha obligado al cumplimiento de la Convención (según la Ley 23.849) es claro que dicho Preámbulo tiene el valor interpretativo que le reconoce la Convención de Viena citada.

112. Como lo hemos visto, nuestro país aprobó la Convención mediante la ley 23.849, que en su art. 2º, en lo pertinente, “declara que (el art. 1 de la Convención) 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”. De esta manera la Convención es vigente para la República Argentina, sin que ninguno de los Estados firmantes haya cuestionado esta posición Argentina, que, por lo demás, fue similar a la de muchas otras naciones.

113. Sin embargo, FAL desprecia el valor de tal declaración interpretativa⁷⁵ por ser eso, una declaración, y no una reserva. Así dice que, por esa circunstancia, la declaración no “alter(a) el alcance con que la convención sobre los Derechos del

⁷⁴ Sobre el particular ver BLANCHFIELD, Luisa (2010) “The United Nations Convention on the Rights of the Child: Background and Policy Issues”, Washington D.C.: Congressional Research Service, 7-5700, R40484. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4d19fa2327f.html> (ultimo acceso: 21/11/2020)

⁷⁵ Cons. 13.

Niño rige en los términos del art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”. ¿Cómo cree FAL que la CDN rige para la Argentina? ¿La ley 23.849, en el punto, carece de valor? En cualquier caso, es una ley posterior al Código Penal, por lo que, si para la Corte el tema debía ser considerado a los efectos de la cuestión de la violación, debería haber sido valorado adecuadamente: la mujer violada está decidiendo sobre la vida de un niño –así lo declara la ley 23849, un ser humano que debe contar, como cualquier ser humano, con la protección de la ley- a quien, además de las desgraciadas circunstancias de su concepción, lo van a matar sin derecho de defensa alguna.

114. Este punto referido a la declaración interpretativa es, quizás, una de las argumentaciones más desafortunadas en una sentencia por demás desafortunada. La Corte, que se detuvo en la diferenciación entre “reserva” y “declaración interpretativa”, no recordó el texto expreso de la Convención de Viena, art. 2º, inc. d): “Se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Para FAL, la CDN, en sí misma (excluido su Preámbulo), no afirma que el por nacer es niño, por lo cual la declaración de la Ley 23.849 debería ser calificada como una modificación de los efectos jurídicos (iy de qué trascendencia!) de la Convención, cualquiera sea la denominación que el Estado parte le haya otorgado.

115. Cabe señalar que el instituto es igual en el Derecho constitucional norteamericano:

“El Comité de Relaciones Exteriores del Senado puede recomendar que el Senado apruebe el tratado de manera condicionada, otorgando su consejo y consentimiento sujeto a ciertas estipulaciones que el Presidente debe aceptar antes de proceder a la ratificación. Estas estipulaciones son generalmente denominadas ‘Reservas, Entendimientos (o Interpretaciones) y Declaraciones’ (RUDs)... ‘Reservas’ son calificaciones o estipulaciones específicas que modifican la obligación de USA sin cambiar necesariamente la letra del tratado; ‘Entendimientos’ son declaraciones interpretativas que clarifican o elaboran, antes que cambiar, las previsiones de un tratado, son generalmente consideradas como consistentes con la obligación impuesta por el tratado; ‘Declaraciones’ son estipulaciones de propósitos, políticas, o posiciones relativas a materias consideradas por el tratado en cuestión sin alterar o limitar ninguna de sus disposiciones”.⁷⁶

⁷⁶ BLANCHFIELD, Luisa (2010) “The United Nations Convention on the Rights of the Child: Background and Policy Issues”, Washington D.C.: Congressional Research Service, 7-5700,

116. Las consecuencias de FAL son terriblemente disvaliosas. Es que al no requerir FAL prueba alguna de la violación,⁷⁷ bastando una declaración jurada de la solicitante del aborto (¿escrita o verbal? si es escrita ¿tendrá que archivarla el hospital? ¿se destruirá en un cierto tiempo?), permitirá la existencia de “casos fabricados” como los califica FAL,⁷⁸ es decir, simples mentiras para lograr lo que en la práctica será el aborto libre. Aquí la Corte desprecia esta posibilidad, señalando que entre el abuso (que podría ser un supuesto de delito, pero ¿cómo comprobarlo, si la violación no se debe denunciar ni probar?) y el ejercicio de derechos por parte de la mujer violada (nunca se refiere a los derechos del nasciturus, el gran ausente en el debate) se debe optar por aquel último. Lo que FAL con mucha ingenuidad no advierte es que el abuso se convertirá en la regla y el caso verdadero en la excepción, por lo que, cabe reiterar, en la práctica, FAL está instalando el aborto libre⁷⁹. Empeora la cuestión el hecho de que, según resulta de FAL, la solicitud del aborto no tiene tiempo límite, es decir, una mujer podría requerir el aborto incluso a los siete u ocho meses del embarazo, encontrando al médico que acepte practicarlo (siempre lo habrá). De esta manera, como consecuencia práctica de FAL (sin duda no querida por el Tribunal), el ordenamiento jurídico argentino pasa a tener el sistema de aborto libre más permisivo del mundo.

117. Obviamente FAL resulta palmariamente contradictorio con el régimen de la Ley 26.061. Es cierto que los argumentos desarrollados en el obiter de FAL llevan a la Corte Suprema a interpretar que la calidad de ser humano del concebido no resulta ni del texto de la Constitución Nacional, ni de sus textos (convencionales) complementarios.

118. Pero FAL ha omitido realizar una interpretación integrativa de la Ley 26.061, de la Ley 23.849 y del Código Civil y del Código Penal.

R40484, esp. p. 246. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4d19fa2327f.html> (ultimo acceso: 21/11/2020)

⁷⁷ Sin embargo, todas las causales de excusas penales deben ser demostradas o resultar evidentes para el Juez de la causa (no para un médico de hospital) ¿por qué no para el caso de violación? ¿por qué se deben demostrar las causales de inimputabilidad por el daño a la vida o a la salud de la madre, no evitable por otro medio distinto al aborto, y no debe ser demostrada la violación?

⁷⁸ Cons. 28.

⁷⁹ Al menos el médico debería comprobar la existencia de la violación, y dejar constancia de ello, archivando estos documentos junto con la declaración jurada escrita hecha por la solicitante del aborto, constancias que deberían ser guardadas por el médico o por el hospital durante un tiempo que debería ser igual al de prescripción de la acción penal por aborto.

119. La Ley 23.849, en su art. 2º, párr. 2º, establece: “Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.”

120. Ya hemos analizado ut supra el valor de esta declaración en lo que hace a los alcances de la vigencia de la Convención citada para la República Argentina, tanto a los efectos del Derecho internacional como a los efectos de tal Convención en tanto texto complementario de la Constitución Nacional. Pero sea cual fuere la interpretación hecha en FAL al respecto, lo cierto es que la citada Ley 23.849 es una ley vigente para nuestro Derecho interno, no declarada inconstitucional, ni en todo ni en parte. FAL, en el punto, no le ha otorgado jerarquía constitucional. FAL podría interpretarse en el sentido de que la mencionada declaración carece de valor en el ordenamiento internacional; también puede interpretarse en el sentido de que sostiene que tal declaración no hace a la vigencia de la Convención para la Argentina (todo ello es un grave error), pero FAL no puede quitarle el valor de ley vigente.

121. Es voluntad del Congreso declarar que el concebido es niño, esto es, ser humano. En el punto, la Ley 23849 no ha hecho más que seguir lo dispuesto en el CC entonces vigente, criterio ratificado en el actual art. 19, CCyC.

122. Por su parte, la Ley 26.061 establece un régimen de “protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en territorio de la República Argentina” (art. 1º). La ley es severa: “Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.” (art. 1º). Entre estos derechos de máxima exigibilidad se encuentra el derecho a la vida. La máxima exigibilidad importa la protección socio-económica (art. 75, inc. 23 Const. Nac.) y la protección penal (arts. 85 y ss. Código Penal).

123. En síntesis, este caso:

- i. Disminuye, o elimina, el valor jurídico de jerarquía constitucional de la Ley 23.849, no le quita, ni cuestiona constitucionalmente, su calidad de ley, que declara niño al concebido desde el mismo momento de la concepción.
- ii. No ha tenido en cuenta a la Ley 26.061. De haberlo hecho –como sin duda lo hará VS- integrándola o no con la Ley 23.849, habría debido expedirse acerca de si el concebido es niño; en caso positivo, debería haber resuelto conforme con el superior interés del niño, en particular con relación a su derecho a la vida.

- iii. El debilitamiento del valor jurídico de la Ley 23.849 no afecta a la vigencia de la CDN (aunque es la Ley 23.849 la que le otorga tal vigencia, problema que *FAL* no atiende ni mucho menos resuelve). La CDN (art. 1º) no se expide acerca del “término a quo” del comienzo de la existencia del niño, sólo que lo hace con respecto de la edad de finalización de ese estado jurídico. Pero si el concebido es un ser humano, y desde el momento en que lo sea, este momento marca el inicio del “niño” y así de la aplicación de la misma CDN y de la Ley 26.061. En este caso, la inconstitucionalidad del Protocolo por facilitar, antes que impedir, la muerte del niño, es evidente e insalvable.
- iv. La permisión abortiva que comporta el Protocolo facilita también el fraude a la ley. En materia penal esto es expreso en *FAL*, lo que no deja de ser una novedad en la historia del derecho,⁸⁰ pero también lo es en materia civil. Basta que la madre tenga interés en que el concebido no consolide sus derechos (por ej., hereditarios, por donación) para que se presente ante un establecimiento sanitario, declare haber sido violada y solicite el aborto, lo que por otra parte podría hacerlo hasta minutos antes del parto con el no muy civilizado método del *partial birth abortion*,⁸¹ al cual nos referiremos *infra*. Seguramente esta consecuencia disvaliosa no fue querida por *FAL*. Para

⁸⁰ Como enseña RIGGI, Eduardo (2010) *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Barcelona: Atelier, p . 58, “(e)n el fraude de ley, entonces, se respeta el tenor literal del texto legal de la ley para ponerla en juego o dejarla fuera de juego con el fin de obtener, en ambos casos, un beneficio propio al tiempo que se evita el castigo penal”. Y en pp. 297/298 señala: “En definitiva, en materia penal el fraude de ley podría definirse como la evitación del tipo penal, en sentido amplio, que infringe la finalidad del texto legal y provoca un injusto material merecedor de pena, gracias a los problemas de penumbra, que padece todo lenguaje natural; y a los de infrainclusión y suprainclusión, que sufren todas las normas generales. Ciertos sujetos instrumentalizan la ley para ejecutar un injusto material, recubriendo formalmente sus comportamientos de legalidad y de «justicia». Por eso, el combate del fraude de ley tendría entonces un objetivo claro: conseguir el triunfo de la justicia material sobre la formal. En el fondo, esta cuestión supone poder encontrar el derecho que se oculta tras la letra de la ley, a fin de poder darle a cada uno lo suyo: lo que en justicia se merece. En esta lucha, el principio de igualdad ante la ley tiene un rol fundamental. En efecto, sería injusto si sólo se castigara la infracción directa de la norma mientras que la infracción de su finalidad mediada por el fraude de ley quedase impune, cuando tanto la una como la otra constituyen injustos materiales. Además, no puede desconocerse que la impunidad del fraude de ley favorecería la constitución de una gran injusticia social, dado que las lagunas del ordenamiento sólo posibilitarían a los pudientes escapar de la sanción penal, mediante el recurso a medios y costos considerables, sin que, por ello, deban renunciar a los objetivos que se encuentran amenazados por aquél con una pena. En efecto, a los menos pudientes sólo les quedaría la infracción directa de la ley para poder alcanzar el mismo resultado”.

⁸¹ Imaginemos que un hombre de gran fortuna económica es el padre del concebido. Sin saberlo hace una donación importante a un hijo de, por ej. su conviviente, del cual no es el padre, pero bajo condición resolutoria en el hecho de tener un hijo propio antes de una determinada fecha, que resulta ser posterior al momento en que debería nacer el nuevo hijo ya concebido en su ignorancia. La madre tiene interés en que el donatario sea el hijo ya nacido, y así simplemente, concurre al hospital y hace lo que el Protocolo le autoriza a hacer: abortar sin consecuencias, por mera denuncia de violación.

evitarla(manteniendo la excusa penal de la violación incluso a una mujer sana) basta con exigir la denuncia formal de la violación, sujeta a la comprobación pericial médica. Esto puede hacerse mediante un procedimiento sumarísimo cuya velocidad de resolución puede la misma Excma. Corte Suprema garantizar mediante una adecuada “acordada”, hasta tanto no se expida el legislador.

v. *El fallo Artavia Murillo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional*

124. Se trata esta de una sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH), del 28 de noviembre de 2012.⁸² Antes de adentrarnos en ella, cabe detenerse en la valoración de los efectos locales de las decisiones de este Tribunal regional.

125. Para analizar esta cuestión debemos tener presente los dos niveles de validez del “tratado de jerarquía constitucional” o, simplemente “tratado constitucional”. Recordemos que un tratado constitucional –la CADH, en el caso– vale como obligación internacional de nuestro país, de acuerdo con las estipulaciones de la misma Convención, en las condiciones de su vigencia para la Argentina, y conforme con las reglas de interpretación de la Convención de Viena.

126. En este sentido, la Argentina se obligó en los términos del art. 68.1 de la Convención: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corten todo caso en que sean partes.”⁸³ Esta es la obligación internacional que pesa sobre la Argentina y el resto de los Estados partes. Su límite se encuentra en los límites mismos de la causa conocida por la CIDH, entre tales límites, principalmente, la calidad de parte en dicha causa. No hay una sola norma en la CADH que le otorgue a las sentencias de la CIDH valor jurisprudencial de precedente, ni siquiera en los casos de coincidencia de parte. Tampoco la CADH le otorga a las sentencias de la CIDH valor interpretativo de la Convención⁸⁴, sin perjuicio de la importancia doctrinaria que tales fallos puedan tener, como una guía interpretativa a valorar en cada caso concreto.

⁸² *Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in Vitro’) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012.

⁸³ Se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos creada por la CADH, art. 33.

⁸⁴ El art. 62.3 de la CADH le otorga a la CIDH “*competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación*” de la Convención, pero ello, obviamente, dentro de los límites del *caso*, entre ellos, cabe la reiteración, los fijados por las partes y el objeto del litigio.

127. En consecuencia, en tanto que en Artavia Murillo la Argentina no fue parte, tal sentencia no la obliga, no puede ser considerada, al menos para nuestro país, con valor de precedente, y su calidad interpretativa de la CADH puede ser valorada (de manera positiva o negativa) en cada caso en que el intérprete (juez o doctrinario) decida hacerlo.

128. En el nivel constitucional, lo primero y fundamental que debe ser considerado es que la CADH –y las otras de igual jerarquía constitucional- tienen tal jerarquía en tanto complementarias de la primera parte de la Constitución (declaraciones de derechos y garantías) y no de su segunda parte (organización del gobierno federal y sus relaciones con las provincias). Por tanto, en nada modifica el régimen de “división de poderes” adoptado por la Constitución, en particular, la composición y competencia del Poder Judicial, y de la Corte Suprema de Justicia como último tribunal decisor en todas las causas que lleguen a su conocimiento según lo previsto en el art. 16, Const. Nac. Así resulta claramente de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en *Fontevéchia*.⁸⁵

129. De esta manera Artavia Murillo carece de valor resolutorio para nuestro país, no constituye un precedente para nuestros jueces y tampoco importa una doctrina vinculante en modo alguno.⁸⁶ Sus argumentos, por supuesto, merecen ser considerados, aunque, creemos, en tono sumamente crítico. En cualquier caso, muchos de los argumentos del caso resultan contradictorios con los principios de derecho público establecidos por la Constitución (art. 23 de la misma). Obviamente lo relativo a la condición de humanidad (“niño”) que resulta del art. 1 de la CDN, en las condiciones de su vigencia para la Argentina, es un principio de derecho público que nuestro país puede oponer como razón de resistencia al cumplimiento de cualquier presunta obligación internacional.

130. El caso comentado llegó a conocimiento de la CIDH en razón de “alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación in vitro” o FIV (Numeral 2), de conformidad con la sentencia de la Sala Constitucional de la

⁸⁵ *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Fallos: 340: 47 (2017).

⁸⁶ En el mismo sentido, REVIRIEGO, Nicolás (2014) “Comienzo de la existencia”, en Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Buenos Aires, La Ley, t. I, comentario al art. 19, pp. 66-72, esp. p. 71. Disponible en: <https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/2/CIVIL1/Codigo-civil-y-comercial-comentado-Rivera-tomo-1.pdf> (último acceso: 22/11/2020)

Corte Suprema de Costa Rica, de fecha 15 de marzo de 2000 (ver Numeral 71 y ss.)

131. No es necesario detenernos particularmente en la crítica del fallo, cuya sustancia reside en sostener la científicamente rechazable teoría del “preembrión”, condición que correspondería al óvulo fecundado hasta tanto se implante en el útero de la madre (o de la portadora), cuestión a la que ya hemos criticado más arriba y, obviamente, no resulta de la letra del art. 4.1 de la CADH.

132. Notemos que a la fecha de la sanción de la Convención -22 de noviembre de 1969- no se había desarrollado la categoría del “preembrión”, ni mucho menos las técnicas de FIV o la producción de la denominada “píldora del día después”. La palabra “concepción” tenía entonces (como lo tiene hoy, por otra parte) un sentido unívoco, el mismo que tuvo en cuenta nuestro legislador de la ley aprobatoria 23.054 (año 1984) conforme con los arts.70, 76 y 77, CC, que era la categoría jurídica que conocían y tenían a la vista. Cabe reiterar que las palabras “en general” utilizadas por el art. 4.1 de la Convención, se refieren a la protección de la ley y no a la concepción, es decir, permiten admitir excusas penales frente al aborto o (ahora) a la destrucción de embriones (sin perjuicio del derecho del Estado a limitar las prácticas que llevan a tal destrucción) y no pensar que una mujer puede estar no del todo embarazada hasta la implantación del embrión en el útero. La fundamentación de Artavia Murillo contiene otra desafortunada invención. Como muy bien lo destaca Reviriego⁸⁷, en el Numeral 264 interpreta que la expresión “en general” del art. 4.1 importa que la protección del derecho a la vida “es gradual e incremental” (numeral citado), interpretación que, evidentemente, ningún sustento halla en la letra del cit. art. 4.1.

133. Siempre con relación a Artavia Murillo, Reviriego⁸⁸ asienta una crítica que creemos de interesante lectura: “Esta interpretación de la Corte Americana resulta –en mi criterio- peligrosa y arbitraria, y claramente tiende a favorecer a los laboratorios que se dedican a realizar las técnicas de fecundación humana asistida”, donde, recuerda al autor los datos de las pericias producidas en el expediente “se produce una mortandad del 90% de los embriones, mientras que las fecundaciones naturales alcanza al 30% (según la perito Garza). Otros afirman que la mortalidad es mayor en la FIV (perito Caruso)”

⁸⁷ REVIRIEGO, Nicolás (2014) “Comienzo de la existencia”, en Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, t. I, pp. 113-125, esp. p. 119.

⁸⁸ REVIRIEGO, Nicolás (2014) “Comienzo de la existencia”, en Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, t. I, pp. 113-125, esp. p. 119-120.

134. Pero no todo es tan negativo en Artavia Murillo. Del mismo Numeral 264 resulta que luego de la implantación –es decir, a partir de la segunda semana de la fecundación- corresponde la aplicación del art. 4.1, es decir, de la protección de la ley: “...la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención”, por lo que, a contrario sensu, a partir de la implantación, el derecho a la vida del embrión (ya no más “preembrión”) debe contar con la plena protección de la ley.

VII. CRÍTICA PORMENORIZADA DEL PROTOCOLO

A. Indebida reglamentación del Código Penal

135. El simple examen de las cuestiones contenidas en el Protocolo muestra que exceden de modo manifiesto circunstancias de solo orden práctico médico de competencia de un Ministerio de Salud, en cuyo único sentido puede interpretarse (obviando su invalidez) la exhortación -por vía de obiter- de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en FAL, en el sentido de que las jurisdicciones locales dictaran un protocolo para casos de abortos no punibles.

136. Por el contrario, el Protocolo nacional se erige en un verdadero cuerpo normativo integral con pretensión reglamentaria e interpretativa de disposiciones contenidas en códigos de fondo dictados por el Congreso Nacional, en sí mismos insusceptibles de reglamentación,⁸⁹ máxime cuando puede afectarse el principal derecho (a la vida) garantizado por normas de rango constitucional superior, y cuya interpretación y aplicación solo corresponde, conforme el art. 75, inc. 12, Const. Nac., “a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.

B. Exceso de competencia. Lesión al federalismo

137. La aplicación a los establecimientos de salud, sometidos a las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, efectuada en el protocolo nacional, aún bajo el argumento de “garantizar el cumplimiento del derecho a la interrupción legal del embarazo y fortalecer el trabajo de los equipos de salud en todo el territorio; con el objetivo de brindar a la población un servicio de calidad respetuoso de los derechos humanos”, importa el avasallamiento de las autonomías locales que conforma de modo esencial nuestro

⁸⁹ Cfr. SANTIAGO, Alfonso (h) (2007) “Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos”, en Gustavo Boullau de (dir.) *Estudios de Derecho Administrativo XIII*, Mendoza y Buenos Aires: I.E.D.A, Lexis-Nexis, Fuentes del Derecho Administrativo, pp. 261-335.

sistema “representativo, republicano y federal” (art. 5º, Const. Nac.), y que no puede alterarse ni siquiera en caso de supuestas facultades concurrentes.

C. Finalidad encubierta del acto

138. Es manifiesto que los motivos expresados en el protocolo del Ministerio de Salud de la Nación conllevan la finalidad encubierta de introducir prácticas abortivas conforme a pautas ideológicas sectorizadas en exceso de la legislación de fondo y con invasión de políticas que son de competencia exclusiva del Congreso Nacional, las que ya han sido objeto de tratamiento por parte éste a través del amplio debate sobre el proyecto de ley de legalización del aborto durante el año 2018, finalmente rechazado.

139. Prueba cabal de ello es el juicio de valor efectuado en el Protocolo, que señala:

*"La interrupción del embarazo es un procedimiento seguro si es practicado con los instrumentos y en las condiciones adecuadas. En los países donde el aborto está permitido por la ley y el personal de salud está capacitado para ofrecer servicios seguros, la tasa de mortalidad por estas prácticas es baja, de 0,2 a 2 muertes por cada 100.000 abortos; en esas regiones, inclusive, la mortalidad relacionada con el embarazo es significativamente más alta (9 muertes por cada 100.000 nacidos vivos) que la relacionada con abortos (Ipas, 2010)."*⁹⁰

*"En relación a la posible afectación de la salud mental de las personas que atraviesan un aborto, diversas investigaciones señalan que, si bien pueden existir consecuencias psicológicas adversas, las mismas se observan solo en un pequeño porcentaje. En cambio, el impacto emocional y las consecuencias psicológicas adversas surgen con mayor frecuencia y gravedad en aquellas personas a quienes se les niega el aborto (Faúndes, 2011 y Biggs, 2016)."*⁹¹

140. Resulta gravísimo que el Ministerio de Salud de la Nación afirme de modo general que los embarazos puedan ser más riesgosos para la salud de una mujer que el aborto provocado. También lo es que se minimicen las importantes secuelas psicológicas que, muchas veces de por vida, se le siguen a aquellas mujeres que abortan y, peor aún, se las incite a hacerlo al señalarse que podrían tener peores consecuencias en caso de no realizarlo.

141. La concomitante afirmación de que “La penalización del aborto que rige en numerosos países, lejos de disminuir la incidencia de la práctica, impide el

⁹⁰Cfr. Protocolo, p. 10.

⁹¹Cfr. Protocolo, p. 11.

acceso a procedimientos seguros, con lo cual se generan riesgos para la vida y la salud de las mujeres”, es contraria a todas las estadísticas oficiales de los países en que fue establecido el denominado aborto legal, dado que muestran el exponencial aumento de esas prácticas a partir de su permisión legal como directa consecuencia de la función docente y ejemplar de las leyes.

142. Es por ello que el dictado del Protocolo nacional es el resultado de un acto viciado de desvío de poder pues tiene la finalidad de condicionar a los órganos legislativos nacionales o locales, al responsabilizarlos de los supuestos riesgos a la vida y salud de las mujeres gestantes que pretenden abortar, con lo que es manifiesta la persecución de fines encubiertos que, aún bajo la alegación de interés público, resultan contrarios al principio del art. 7º, inc. f), Ley 19.549, derivado inmediato del principio constitucional de publicidad y transparencia de los actos de Gobierno.

143. Similares ediciones anteriores del Protocolo ya fueron objeto de graves críticas de instituciones públicas.⁹²

D. Indebida ampliación de los supuestos legales

144. El Protocolo hace un indebido tratamiento a los casos de abortos no punibles al considerarlos bajo la premisa de constituir en si misma una situación de “urgencia médica” al señalar “que en este tipo de intervenciones médicas

⁹² Cabe mencionar: COMISIÓN EJECUTIVA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA (2015) “La vida, el primer derecho humano”, 23 de junio de 2015. Disponible en <https://www.revistaeclesia.com/obispos-argentinos-la-vida-el-primer-derecho-humano/> (último acceso: 22/11/2020). ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES y ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS (2015) Declaración conjunta del 2 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/contenido.asp?id=455> (último acceso: 22/11/2020). ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA (2015) Declaración del 3 de julio de 2015. Disponible en: <https://anm.edu.ar/wp-content/uploads/2018/07/ABORTOYOBJECCIONDECONCIENCIA.pdf> (último acceso: 22/11/2020).

Ésta última, con particular énfasis, afirmó: “*La Academia Nacional de Medicina se ve en la obligación, al ser una institución señera en la medicina argentina, de alertar a la ciudadanía, a las instituciones médicas y sociales, a los colegios médicos, a las instituciones judiciales y religiosas, sobre recomendaciones que están en contra de los principios más fundamentales de la práctica médica y de la defensa de la vida. La Academia Nacional de Medicina, hace un reclamo formal a las autoridades del Ministerio de Salud de la Nación para que se expidan sobre la validez y alcances de este Protocolo que ha determinado procedimientos médicos y forzado acciones médicas reñidas con la ética y con la ley*”.

También puede verse la crítica de SACRISTÁN, Estela B. (2019) “Coherencia y principio de coordinación en el ejercicio de la competencia por parte del órgano estatal”, *Revista de DireitoEconômico e Socioambiental*, maio-agosto 2019, vol. 10, Nº 2: pp. 67-107, esp. pp. 79-82. Disponible en: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/25879> (último acceso: 22/11/2020)

cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada,”⁹³ (), lo que no ha sido, en manera alguna, presupuesto en el Código Penal como una de las razones de política criminal para eximirlos de pena. Mediante esta caracterización el Protocolo nacional conduce a crear la apariencia de que en los casos de abortos no punibles se dan supuestos “estado de necesidad” del art. 34, inc. 3º, Código Penal.

145. Esta inexactitud conlleva a la ampliación de los casos de abortos no punibles a supuestos de hecho que no están contemplados, y aún a la supresión de la elemental regla de efectuar siempre el menor daño posible, de todo lo que se sigue lesión al derecho a la vida del niño por nacer.

146. Incluso, como enseña el Prof. Silva Sánchez, es imposible sostener dogmáticamente la licitud del aborto de una persona. En ese sentido señala que:

*“(l)a despersonalización es, como se ha indicado, la vía por la que discurre la pretensión de destrucción del enemigo. En efecto, la persona es titular de derechos y obligaciones. La persona tiene, en particular, derecho a la vida; y a un sujeto que tiene derecho a la vida sólo sería posible quitársela en la medida en que tal privación pudiera ser definida como consecuencia de la organización, por parte de aquél, de su propia existencia personal. Esto resulta muy claro si se observan las situaciones de necesidad justificantes en comparación con la legítima defensa: No existe estado de necesidad alguno que pueda justificar privar a otro de su vida, a la que tiene derecho. Por tanto, la admisión del aborto como un acto lícito ha de partir de la negación del derecho a la vida del concebido, por mucho que esta vida, como en su día señalara el Tribunal Constitucional español, se califique como un “bien” (no se sabe de quién). Un mero bien es, sin embargo, objeto de administración y la ponderación que es inherente a la referida administración resulta incompatible con la atribución al no-nacido de un auténtico derecho a la vida, como es propio de las personas. Por tanto, en la medida en que esté permitido abortar (y no se establezca simplemente la no-punibilidad de ciertos abortos), el feto no es considerado como una persona. De esto es de lo que se trataba precisamente”.*⁹⁴

147. En ese orden de ideas, también afirma que:

⁹³ Ver Protocolo, p. 25.

⁹⁴ Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2007) “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 09-01: pp. 1-18, esp. p. 7. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf> (último acceso: 22/11/2020)

“(d)ado que el concebido no agrede (ni en los términos de la legítima defensa, ni en los del estado de necesidad defensivo) cualquier acción contra él sólo podría pretender ampararse en un estado de necesidad agresivo. Pero ningún estado de necesidad agresivo permite matar a una persona. El concebido, a quien se mata en una situación que responde claramente a esta última estructura, es, pues, tratado en todo caso, como una no-persona”.⁹⁵

148. Como ha señalado la Corporación de Abogados Católicos,⁹⁶

“también trae esa caracterización graves consecuencias en cuanto al derecho a la objeción de conciencia dado que en esa supuesta urgencia médica justifica el protocolo su supresión en algunos supuestos respectos del personal de salud.”

En efecto, ninguno de los casos contemplados en los incs. 1º y 2º, art. 86, Código Penal, presuponen típicamente, un supuesto de intervención ante un peligro para la vida o para la salud de la madre que sea de naturaleza “inminente”.

Sebastián Soler en su Tratado de Derecho Penal Argentino explica que: ‘El equívoco se genera por identificar esta hipótesis con la del inc. 3 del art. 34. Una cosa es el aborto terapéutico preventivamente practicado, y a largo plazo, y otra muy distinta es la situación de necesidad. Esta supone siempre una situación de urgencia, expresada por las palabras ‘mal inminente’. El aborto terapéutico no contempla esa situación.’

(...) [E]l concepto de ‘salud’ que trae el Protocolo conforme a los numerales 3.1, al establecer que ‘La salud es un concepto integral que tiene tres dimensiones: física, mental-emocional y social, de acuerdo a lo establecido por la OMS,’ no es el que se plasma en el inc. 1º, art. 86, Código Penal.

La referencia dada en ésta última norma a una situación de “peligro” para la vida o la salud de la madre, no puede interpretarse sino en relación a los bienes jurídicos tal como se encuentran tutelados en el mismo Código Penal, en este caso en los capítulos I y II del Título I del Libro Segundo, los que no coinciden con la definición dada por el Protocolo.

Además, bajo el régimen del Código, la situación de peligro debe ser real y capaz de producir en forma cierta desde el punto de vista médico un daño grave, es

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2007) “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 09-01: pp. 1-18, esp. p. 14. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf> (último acceso: 22/11/2020)

⁹⁶ CORPORACIÓN DE ABOGADOS CATÓLICOS ‘SAN ALFONSO MARÍA DE LIGORIO’ (2020) “Solicitan el veto de la Ley N° 6312 de adhesión de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al protocolo de abortos no punibles aprobado por Res. N° 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación”, Buenos Aires, 24/7/2020. Disponible en: <https://www.aciprensa.com/pdf/corporacion-abogados-catolicos-solicita-veto.pdf> (último acceso: 22/11/2020)

decir de cierta entidad, circunstancias no contempladas en la guía ya que establece que ‘no debe exigirse tampoco que el peligro sea de una intensidad determinada. Bastará con la potencialidad de afectación de la salud de la mujer para determinar el encuadre como causal de no punibilidad para el aborto’ (v. p. 16 del Protocolo), obviando así el requisito legal exigido en forma expresa por el propio inciso 1° del art. 86 que sólo autoriza el aborto ‘si este peligro no puede ser evitado por otros medios’.

El supuesto del inc. 2°, referido al aborto vinculado a un embarazo proveniente de violación de mujer demente o idiota, ampliado en forma pretoriana por la Corte Suprema de Justicia de la Nación(F.A.L. s/medida autosatisfactiva, ya citado) a los de violación de mujer sin disminución mental, y más allá de los padecimientos que dicha situación entrañe, que en manera alguna se desconocen, no pueden típicamente confundirse con los supuestos del inc. 1°, pues si ese fuera el fundamento para la dispensa legal del aborto no hubiese sido necesaria la regulación del inc. 2° del mismo artículo. Por ello, la invocación de supuestas razones de urgencia médica tampoco resulta procedente en este caso para limitar o conculcar el derecho a la objeción de los profesionales de la salud, dado que no es de esa forma calificada la situación por la ley.

En orden a este mismo inciso(art. 86, inc. 2°) las menciones del punto 3.2 del Protocolo de que ‘La violación constituye violencia sexual y esta es un tipo de violencia de género’ y que ‘Las interrupciones de ‘embarazos no deseados de víctimas de violencia de género deben considerarse abortos no punibles por causa de violación’, también producen una indebida ampliación a supuestos no previstos en el art. 119 del Código Penal, toda vez que, si bien es cierto que una violación es una especie de violencia de género, no puede a su vez afirmarse que toda violencia de género coincida necesariamente con los requisitos típicos establecidos en la figura penal señalada.

También es inexacta la afirmación del Protocolo de que ‘El fallo de la CSJN también aclara que aún ante una duda sobre la veracidad de la violación es prioridad no negar bajo ninguna circunstancia el acceso al servicio de ILE. ‘Ello es muy diferente a la mención de la posibilidad de casos fabricados previstos en el fallo F.A.L. sólo como respuesta a la posibilidad abstracta de que ello pudiera ocurrir. Jamás se expidió en el sentido señalado en la guía. Es evidente por elementales principios de la irreparabilidad del mal, que si un profesional médico tiene dudas por elementos objetivos concretos de la falsedad de la existencia de la violación no debe proceder en manera alguna al aborto. El principio sentado en la guía vulnera, además, la relación médico paciente al posibilitar la imposición al profesional de una conducta a seguir, lo que, si bien se relaciona, no debe confundirse con la objeción de conciencia.

La ampliación de los supuestos de hecho tipificados en la normativa de los incs. 1° y 2°, art. 86, que se viene analizando, además de afectar claramente el

derecho a la vida de las personas por nacer, causa también una restricción en el derecho a la objeción de conciencia.

El Tribunal en lo Contencioso Administrativo de Montevideo, República Oriental del Uruguay, en sentencia de fecha 11 de agosto de 2015 in re "Alonso, Justo y otros c/ Poder Ejecutivo. Acción de nulidad" (Ficha No. 430/13), relativa a una demanda interpuesta por un grupo de médicos ginecólogos del Sistema Nacional Integrado de Salud y de mutualistas privadas y hospitales públicos, por considerar que el Decreto N° 375/012, de 22/11/2012 que reglamenta la Ley N° 18.987 de ese país, del 22 de octubre de 2012, denominada de interrupción voluntaria del embarazo, por considerar que restringía ilegítimamente el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia del personal de salud, reconocido en la Ley N° 18.997 y en el art. 54 de la Constitución uruguaya, alegando que se les impone una obligación general a la participación en abortos que era un atentado al sentido último de su profesión e, incluso, a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que, por su peculiar vocación, estaban comprometidos humana y profesionalmente con la defensa de la vida humana, señaló:

"...VII) Que, se impugna el artículo 16 del Decreto multicitado, por entenderse que al eliminarse el concepto de gravedad, por un concepto mucho más amplio, se aumenta el elenco de casos en los que no puede esgrimirse la objeción de conciencia.

El M.S.P. sostiene que: "(...) el legislador no puede conceptuar que es "grave riesgo de salud", solo realiza la enunciación y la reglamentación sólo puede limitarse a establecer el concepto de salud el que a su vez tiene una definición legal dada por la Ley 11. 246 y el facultativo que intervenga, de acuerdo al caso concreto a establecer en qué circunstancia existe grave riesgo para la salud e incluso vida de la mujer (...)." (fs. 36 vto. de autos).

El artículo 6° de la Ley 18.987, establece que fuera de las circunstancias, plazos y requisitos establecidos por los artículos 2 y 3, la interrupción del embarazo sólo podrá realizarse, entre otros supuestos, cuando la gravedad implique "(...) un grave riesgo para la salud de la mujer".

En estos casos se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer (...)." (literal A).

El Decreto reglamentario, a su vez, en el artículo 16 establece que: "...Se entiende por grave riesgo para la salud de la mujer embarazada o para la vida, toda circunstancia que implique, a criterio del médico tratante, riesgo para la salud bio-sico social o vida de la mujer..."

En primer lugar, debe señalarse que el Decreto elimina la nota de "gravedad", e introduce la hipótesis de toda circunstancia de riesgo para la salud bio-sico social de la mujer, sin enunciar pauta alguna que ilustre al médico tratante

acerca de cómo evaluar ese riesgo bio-sico social, concepto que resulta, por lo demás, amplio, vago, subjetivo.

La Administración sostiene que se ha recogido el concepto establecido en la Ley 11.246, pero es el caso que la precitada ley, publicada en el Diario Oficial el 21 de enero de 1949, en realidad, en su único artículo, lo que hace es aprobar la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en cuyo preámbulo, a título meramente declarativo, enuncia una serie de cualidades que debe reunir el estado de salud.

Con estos supuestos resulta, por lo menos, discutible su aplicación al tema de autos.

En realidad, el literal A) del artículo 6º no constituye una novedad en la legislación patria, ya que aluden al aborto terapéutico strictu sensu, que es el que se practica para salvar la vida de la mujer; y, el lato sensu, que es el que se efectúa cuando lo que está en riesgo no es la vida, sino la salud de la mujer (Cfm. artículo 328, ordinal 3º, del Código Penal).

En un caso, se acude a la teoría del mal menor, haciendo prevalecer la vida de la madre, existente y plena, por sobre la del concebido, y, en el segundo caso, la hipótesis aparece limitada por la calificación de gravedad, respecto de la entidad de la lesión que puede sufrir la mujer (Cfm. LANGÓN CUÑARRO, Código Penal anotado, tomo II, pág. 778 y ss.).

En este orden de ideas, la propia norma legal ilustra al intérprete acerca del propósito perseguido por el legislador cuando limita la regla de salvar ambas vidas a que, con ello, no se ponga en peligro la vida o la salud de la mujer (inciso A, segundo párrafo del artículo 6º).

En definitiva, de lo que se trata es de la vida o salud de la mujer y para nada tienen que ver otras consideraciones, como los riesgos sico-sociales, que pueden ser valiosas, pero que no están contempladas en el precepto legal.

En realidad, como expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Harriague: “...el alcance que el artículo 16 del Decreto confiere a la expresión grave riesgo para la vida o salud de la mujer embarazada, amplía ilegítimamente el concepto dado en el artículo 6º, literal A), de la ley, limitando, en consecuencia, el ámbito de la objeción de conciencia establecido en el artículo 11, inciso final.

En efecto, desde que dicha disposición exceptúa de los casos en que puede esgrimirse objeción de conciencia, a la interrupción del embarazo en las circunstancias expuestas en el literal A) del artículo 6º, la interpretación del Decreto vendría a exceptuar de la posibilidad de objetar a un número más amplio que el dispuesto legalmente, cuando se verifiquen circunstancias que - sin poner en riesgo grave la salud de la mujer- comporten un riesgo (no grave), para su salud bio-sico social.....”.

149. En este caso, nuevamente, se ha exacerbado la potestad reglamentaria, definiendo, mutilando y ampliando lo que la Ley no prevé, hipótesis que determina la nulidad del art. 16 en estudio.

E. Agravio a la objeción de conciencia

150. Es por todo ello que la regulación establecida en el del Protocolo resulta contrario a la libertad de conciencia y religión resguardados en forma expresa en el art. 14, Const. Nac., y los Tratados Internacionales incorporados a la misma, en especial el art. 12, Convención Americana de Derechos Humanos, y al art. 12, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Ello, toda vez que, si bien reconoce el derecho a ejercerlo, se lo efectúa de manera vaga y genérica, sólo ejercitable por personas de existencia visible y limitando de tal forma su ejercicio en un modo que importa en la practica la supresión lisa y llana del mismo en determinadas situaciones, como así la directa negación para el caso de las instituciones,⁹⁷ a las que excluye de toda posibilidad de invocación del derecho en cuestión.⁹⁸

151. En forma preliminar, tiene que puntualizarse que la gravedad de la situación queda claramente ejemplificada, desde la perspectiva de las convicciones religiosas y morales, con la sanción que el Código de Derecho Canónico de la Iglesia Católica prevé: habrá excomunión *latae sententiae* para

⁹⁷ Ver DIDIER, María Marta; ROMERO, Esteban José Ignacio; PARINI, Nicolás Francisco (2014) “Fundamentos jurídicos de la objeción de conciencia institucional”, *El Derecho – Constitucional*, Buenos Aires: Universitas, vol. 2014: pp. 371-383.

⁹⁸ El texto en análisis dispone, al respecto, lo siguiente:

“Un/a profesional de la salud tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia con respecto a la práctica de la ILE, siempre y cuando no se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio (CSJN, 2012, considerando 29).” (v. p. 26 del Protocolo).

“La objeción de conciencia es siempre individual. Todos los efectores de salud en condiciones de practicar ILE deberán garantizar su realización en los casos con derecho a acceder a la misma. Asimismo, deberán contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a las personas en relación a esta práctica (CSJN, 2012, considerando 29).” (v. p. 26/27 del Protocolo).

“En caso de que un/a profesional de la salud desee ejercer objeción de conciencia, deberá notificar su voluntad previamente a las autoridades del establecimiento de salud en el que se desempeñe (CSJN, 2012, considerando 29); es decir que solo podrá ejercer la objeción cuando haya declarado y notificado previamente a las autoridades pertinentes.” (v. p. 26 del Protocolo).

“Todas/os los/as profesionales, aunque objeten, están obligados/as a cumplir con el deber de informar sobre el derecho a acceder a una ILE, y a respetar, proteger y garantizar la autonomía de la persona gestante” (v. p. 26 del Protocolo).

“En caso de objeción, y/o ante la solicitud de una ILE, el/la profesional debe remitir inmediatamente a la persona, a un/a profesional dispuesta/o y disponible para la realización de la práctica para que continúe la atención, dejando sentado en la historia clínica dicha derivación. La derivación debe estar guiada por la buena fe (Ver CSJN, 2012 considerando 29 y Ley 26.529)” (v. p. 26 del Protocolo).

todo aquel que procure el aborto.⁹⁹Esta sanción extrema demuestra el grado de afectación del derecho a la objeción de conciencia, correlato inseparable del de “*profesar libremente su culto*” que poseen todos los habitantes de la Nación conforme al art. 14, Const. Nac.

152. El derecho a la objeción de conciencia devendría írrito si indebidamente se lo pretendiera restringir a los actos exclusivamente privados, en interpretación que no se condice ni con la pauta literal que proporciona el artículo citado - “libremente”-, ni con la existencia diferenciada del derecho a la intimidad consagrado por el art. 19, Const. Nac., respecto de “acciones” que sí son calificadas de “privadas” por el propio texto constitucional.

153. La solución del Protocolo, consistente en imponer al profesional objetor la obligación de practicar un aborto en contra de su conciencia bajo la coacción de la amenaza de sanciones penales, disciplinarias y reparaciones civiles,¹⁰⁰aún para el hipotético caso en que se alegara no existir otro profesional no objetor que pudiese realizar el aborto, es inconstitucional en virtud de la irrazonabilidad de una reglamentación que suprime un derecho en forma total a favor de una de las partes en lugar de buscar una solución alternativa y armonizadora.

154. En primer lugar, debe rechazarse de plano la cita que se efectúa en el Protocolo respecto de *FAL*. En el cons. 29 de *FAL* se trató dicha cuestión, mas en modo alguno hizo la Corte Suprema referencia a restringir este derecho ni a modificar sus propios precedentes, dado que lo reconoció en forma expresa; y tampoco condicionó el derecho de los profesionales en los términos reflejados en la Guía. Mucho menos trató *FAL* la cuestión de la objeción de conciencia institucional, sobre lo que se volverá más adelante.¹⁰¹

⁹⁹ Canon 1398: “*Quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión latae sententiae.*” Disponible en: https://www.vatican.va/archive/ESL0020/___P55.HTM (último acceso: 22/11/2020)

¹⁰⁰ Punto 5.1 de la Guía.

¹⁰¹ Según la Declaración conjunta de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires del 2/7/2015: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado ampliamente el derecho a la objeción de conciencia que abarca no sólo las convicciones religiosas sino también las creencias personales más íntimas. Además, reconoció que la libertad de conciencia tiene indudable jerarquía constitucional. Así, en Fallos: 214:139, 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.” Conf. ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES y ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS (2015) Declaración conjunta del 2 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/contenido.asp?id=455> (último acceso: 22/11/2020).

155. En suma, se le plantea al sujeto el problema de tener que optar entre el deber de obediencia que impone una regulación jurídica, y el deber de resistirla que sugiere la norma moral, basada en la conciencia particular. La evolución de los derechos humanos ha llevado a impedir, por disposición del propio derecho, que se pueda ejercer sobre los ciudadanos semejante coacción, que resultaría lesiva y por lo tanto impropia de la dignidad humana.

156. Es por ello que la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial de las libertades de conciencia y de religión, tal como han sido proclamadas por los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad.¹⁰²

157. Asimismo, cabe citar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 9, 1, y el art. II - 70 de la Constitución Europea en el que se reconoce en forma expresa el derecho a la objeción de conciencia:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

158. Como ha sido reiterado en el Derecho comparado en relación a la problemática del aborto en casos en que la ley lo autoriza, la obligación de organizar los medios disponibles corresponde al Estado y no al profesional de la salud, y esa es la razonable interpretación de *FAL*, cons. 29 en cuanto exhorta a las autoridades locales al dictado de protocolos. Es al Estado a quien le incumbe,

Conforme a todo lo expuesto, es de esperar que el poder administrador deje sin efecto el Protocolo o, en caso contrario, que el Poder Judicial lo declare inconstitucional.”

Es del caso también recordar, como señalan NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ TORRÓN, Javier (2012) *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid: Porrúa Iustel, segunda edición, p. 37, que la objeción de conciencia “*consiste en el rechazo del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa)*” y ampliando el concepto afirman que incluiría toda pretensión de este tipo “*motivada por razones axiológicas -no meramente psicológicas- de contenido primordialmente religioso o ideológico...*”

¹⁰² Ello, por el art. 75, inc. 22, Const. Nac., v.gr., Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), art. 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 18; Convención Americana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969), art. 12.

en todo caso, arbitrarlos para hacer efectivo ese alegado y supuesto derecho de la mujer a abortar, de manera que se cuente con personal dispuesto a efectuar tales actos en tiempo y forma. Pero la falta de un profesional no objetor, sea que ello se deba a la inacción del Estado o a una circunstancia fortuita, no puede ser salvada a costa del sacrificio de un bien tan importante, cual es el obrar conforme a la propia conciencia moral -máxime tratándose de la preservación de la vida humana-, como lo demuestra el hecho reiterado en la historia de la humanidad, en la que muchas personas han estado dispuestas a sufrir prisión o la propia muerte antes que traicionarla.¹⁰³

159. En síntesis, el reconocimiento de la objeción de conciencia por el derecho es expresión de tolerancia democrática, permite el disenso, y facilita el respeto hacia la libertad religiosa (cuya existencia misma sería destruida si no se pudiera actuar conforme a ella) y asegura poder actuar de acuerdo a las propias convicciones éticas o morales. Tiene, así, una faz externa o social, y otra faz individual.¹⁰⁴

¹⁰³ Javier Martínez Torrón expresa: “*la tutela del ordenamiento jurídico a la libertad de conciencia no está condicionada por cuáles sean los valores éticos presentes en cada conciencia individual, de igual manera que el Estado no condiciona la protección de la libertad de expresión a cuáles sean las ideas defendidas por cada ciudadano. Lo que se pretende con esos derechos fundamentales es la salvaguarda de ámbitos individuales de autonomía -y en su caso también colectivos- que constituyen elementos necesarios del pluralismo democrático, y en los cuales cualquier injerencia ha de ser cuidadosamente justificada...*”

“*...De modo que el referido incumplimiento de la obligación de fuente normativa de parte del objetor, deviene legítimo, por virtud de la tutela que el mismo ordenamiento jurídico depara a la conciencia. En definitiva, el conflicto entre conciencia y ley no pone de manifiesto la ocurrencia de un conflicto entre dos órdenes normativos distintos -el jurídico, por un lado y el moral, religioso o ideológico, por el otro-. En realidad, el conflicto, que es sólo aparente, se plantea dentro del mismo orden jurídico -entre la norma jurídica que tutela el derecho a conducirse de conformidad con la conciencia, y la norma jurídica que impone o veda una conducta determinada.*

“*Y el conflicto, decimos, es sólo aparente, pues ya ha sido resuelto de antemano por el Derecho, haciendo primar la conciencia, como principio, salvo excepciones...*” (citado por GUTIÉRREZ, Gianni y FRIDMAN, Martín (2013) “La objeción de conciencia en la ley de interrupción del embarazo (aborto)” *Revista de Derecho y Tribunales*, N° 23: pp. 11-24. También en *Tribuna del Abogado*, Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, N° 183: pp. 13-18. Disponible en:

¹⁰⁴ APARISI MIRALLES, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José (2016) “La objeción de conciencia en el contexto de los derechos fundamentales”, Juan Cianciardo, Juan B. Etcheverry, Carlos Diego Martínez Cinca, Pedro Rivas, Javier Saldaña Serrano y Pilar Zambrano (coords.) *Filosofía del Derecho y Derecho natural. Estudios sobre la teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 267-292, esp. p. 292. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4281/16.pdf> (último acceso: 22/11/2020)

F. Obligación de participar en el procedimiento abortivo

160. Según el protocolo en análisis “[t]odas/os los/as profesionales, aunque objeten, están obligados/as a cumplir con el deber de informar sobre el derecho a acceder a una ILE, y a respetar, proteger y garantizar la autonomía de la persona gestante.”¹⁰⁵ Esta resulta otra imposición manifiestamente limitativa de la libertad de conciencia.

161. En primer lugar, resulta necesario recordar que en las profesiones tales como la medicina o la abogacía, no resulta en principio posible aislar una supuesta “técnica” del deber de actuar de acuerdo a la conciencia. Ambos aspectos están substancialmente unidos y por ello, si el profesional de la salud considera que el aborto no es la solución médica que él cree debe efectuarse, sino por el contrario que con ello causará un mal tanto a la madre como a su hijo, de manera alguna puede quedar obligado a dar información acerca de un procedimiento que él de acuerdo a su buena fe y a su conciencia considera que provocará un mal a la salud que juró resguardar.

162. Además, la obligación de dar a conocer eventuales derechos a la mujer no parece que deba recaer en los profesionales de la salud, siendo en todo caso algo que el Estado puede realizar alternativamente en forma independiente sin mengua de su eficacia y sin sacrificio de la libertad de conciencia de los profesionales de la salud.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ver p. 26.

¹⁰⁶ TRIBUNAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MONTEVIDEO, Uruguay, *Alonso, Justo y otros c/ Poder Ejecutivo. Acción de nulidad*, ficha N° 430/13, del 11/8/2015. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/275467537/Fallo-del-TCA-sobre-objecion-de-conciencia> (último acceso: 22/11/2020). Allí se toca análoga cuestión en su considerando VIII, concluyéndose que:

“La Ley otorga amplias garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia, que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica y religiosa y, por tanto, todos los poderes públicos están obligados a adoptar cuantas medidas fueran necesarias para procurar su efectividad.

En este orden de ideas, no se puede compartir la aseveración de la parte demandada en cuanto manifiesta que la reglamentación en nada innova o modifica la solución legal; ya que, en realidad, el Decreto es notoriamente limitativo del derecho de objeción de conciencia.

A juicio del Tribunal y como expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Juan Pedro Tobías: “...La acepción legal “procedimiento” debe entenderse como omnicompreensiva de todas las etapas necesarias para la práctica del aborto y no solo del acto concreto de la ejecución de aquél.

Señalan los accionantes, con razón, que tales etapas incluyen las acciones preparatorias (por ejemplo, preparación del instrumental) y las posteriores (por ejemplo, disposición de los restos) necesarias para su conclusión.

G. Limitación en cuanto a la oportunidad de su ejercicio

163. Según el Protocolo “En caso de que un/una profesional de la salud desee ejercer su derecho a la objeción de conciencia, deberá notificar su voluntad por escrito a las autoridades del establecimiento de salud en el que se desempeñe; es decir que solo podrá ejercerlo cuando se haya declarado y notificado previamente a las autoridades pertinentes.”¹⁰⁷

164. La sola circunstancia de que la objeción deba ser ejercida bajo la forma escrita ofrece reparos, aun cuando se argumente que deban conocerse para poder organizar los recursos humanos con que se cuenta.

165. Por su parte, la limitación temporal que resulta del Protocolo no puede merecer la más mínima convalidación.

166. Primero, porque una cuestión meramente formal, consistente en no haber cumplido con una notificación, no puede privar de ejercer un derecho humano fundamental, lo que pone en evidencia la arbitrariedad de la restricción impuesta, la cual es contraria a la doctrina del exceso ritual manifiesto. Aún en el caso de que la omisión de expedirse pudiera ser imputable al agente (absolutamente cuestionable, dado que pudieran existir razones legítimas para no exponer la objeción en el momento indicado por la Guía, ya que es indudable que a nadie puede obligarse a manifestarse en materia de creencias, o podría haber cambiado de opinión), no podría, a modo de sanción encubierta, privarse

La participación en el asesoramiento previo implica, necesariamente, la firma de un formulario, condición formal para realización del aborto. Por tanto, quien firma este formulario está participando activa y directamente en el proceso de interrupción del embarazo, a lo cual no permite objetar, sino que se obliga a intervenir....”.

La ley no dice que la objeción de conciencia sólo procede para aquellos profesionales que participan directamente en la maniobra abortiva, en el “acto concreto” en palabras del M.S.P., sino que la ley habla de “...procedimientos del inciso 5º del artículo 3º y artículo 6º...”; procedimientos y en plural, y, no de acto (en singular).

El Diccionario de la Real Academia Española define “procedimiento” como “método, operaciones, etc., para realizar algunas cosas...”, y por consecuencia, de la recta inteligencia del texto legal es preciso concluir que el derecho de objeción de conciencia es aplicable, en todo caso, en que el objetivo intencional sea la provocación del aborto, con independencia de que este resultado se obtenga en un único acto médico con efecto inmediato o a través de varias intervenciones que se extiendan en el tiempo.

Es decir, comprende la exención de todas aquellas actuaciones que responden a la intencionalidad de abortar, ya sea que el resultado sea obtenido en una sola actuación clínica o bien a través de variados y diversos actos desarrollados a lo largo de un proceso y que constituyan condición necesaria para el logro del objetivo.

En suma, se anulará este inciso 1º del artículo 28 del Decreto en examen.”

¹⁰⁷ Ver Protocolo, p. 26.

del derecho a la objeción de conciencia al profesional por ese simple incumplimiento formal.

167. Segundo, porque la mudanza del propio parecer hace a un aspecto esencial de la libertad de conciencia y religión. El Artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, bajo el epígrafe de “Libertad de Conciencia y de Religión” dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.”

168. Una de las razones del Decreto de veto del Presidente de la República Oriental del Uruguay de fecha 14 de noviembre de 2008, dictado frente a la ley de salud sexual y reproductiva sancionada en aquel año por el Parlamento Uruguayo, fue que:¹⁰⁸

“Por otra parte, al regular la objeción de conciencia de manera deficiente, el proyecto aprobado genera una fuente de discriminación injusta hacia aquellos médicos que entienden que su conciencia les impide realizar abortos, y tampoco permite ejercer la libertad de conciencia de quien cambia de opinión y decide no realizarlos más.”

169. Es por ello que de ninguna manera podría reputarse ese cambio de parecer en un profesional de la salud como abusivo en ningún caso dada la índole moral de las cuestiones involucradas, muchas veces sujetas a largas deliberaciones de conciencia, tan comunes a los profesionales médicos y del derecho. La experiencia enseña que a veces sólo frente a un caso real y concreto es tomada la decisión ética profesional de obrar o de no hacerlo.

¹⁰⁸ El texto completo del decreto de veto puede verse en: SIN AUTOR (2018) “Qué decía el veto presidencial de Tabaré Vázquez contra el aborto que elogió Esteban Bullrich”, *Infobae*, 27/2/2018. Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2018/02/27/que-decia-el-veto-presidencial-de-tabare-vazquez-contr-el-aborto-que-elogia-esteban-bullrich/> (último acceso: 22/11/2020)

H. Falta de inclusión del personal técnico-administrativo

170. La falta de inclusión del personal administrativo o técnico, al reconocer tan sólo el derecho a la objeción de conciencia a los profesionales de la salud, resulta otra omisión arbitraria del Protocolo.

171. En la jurisprudencia uruguaya aplicable¹⁰⁹ se trató la cuestión de la siguiente forma:

“IX) Que, igualmente la parte actora, cuestiona lo dispuesto por el artículo 29 del decreto 375, en cuanto limita el elenco de sujetos que pueden ejercer el derecho a la objeción de conciencia y en cuanto a las acciones necesarias para la concreción del acto abortivo.

El agravio se limita a (...) que “...Sólo podrán objetar de conciencia el personal médico y técnico que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo de acuerdo al inciso quinto del artículo tercero y el artículo seis, literales B y C, de la Ley N° 18.987...”.

[E]l artículo reconoce el derecho de objeción de conciencia no sólo a los médicos, sino, además, al “...personal de salud...”, por lo que le asiste razón a la parte actora que, en el supuesto legal, están comprendidos los clínicos, paraclínicos y personal administrativo, por lo que se trata de un nuevo apartamiento del reglamentador del claro texto legal.

(...) [S]e recepcionará la pretensión de los impugnantes en cuanto este inciso (...) limita la objeción de conciencia al personal médico y técnico “...que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo...,” desde que, como señalan los accionantes, el texto legal no efectúa distinción alguna.”

I. Negación del derecho a la objeción de conciencia a las personas jurídicas

172. Según el Protocolo, “La objeción de conciencia es siempre individual. Todos los efectores de salud en condiciones de practicar ILE deberán garantizar su realización en los casos con derecho a acceder a la misma. Asimismo, deberán contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a las personas en relación a esta práctica (CSJN, 2012, considerando 29).”¹¹⁰

¹⁰⁹ TRIBUNAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MONTEVIDEO, Uruguay, *Alonso, Justo y otros c/ Poder Ejecutivo. Acción de nulidad*, ficha N° 430/13, del 11/8/2015. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/275467537/Fallo-del-TCA-sobre-objecion-de-conciencia> (último acceso: 22/11/2020).

¹¹⁰ Ver pp. 26-27 del Protocolo.

173. La directa supresión o negación por vía administrativa del derecho a la objeción de conciencia por parte de las personas de existencia ideal resulta arbitraria y un exceso de un órgano carente en forma total y absoluta de facultades para efectuar semejante declaración general de derecho, máxime cuando se refiere a un derecho humano, de los que reiteradamente se ha afirmado son también titulares las personas jurídicas, como derivado inmediato del principio de igualdad (art. 16, Const. Nac.) y del derecho de asociarse con fines lícitos (art. 14, Const. Nac.), derecho que se vería notoriamente disminuido, restringido o suprimido si a las entidades creadas en ejercicio de este derecho se les pudieran negar los derechos fundamentales.

174. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, art. 16.1, establece: "Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines (...) religiosos (...) o de cualquiera otra índole."

175. Resulta por ello un argumento meramente aparente el implícito en la guía de apelar a que por ser la "conciencia" solo propiamente de las personas individuales no puede reconocerse a las de existencia ideal el referido derecho ya que no la poseen. Es manifiesto que las personas de existencia ideal se encuentran sometidas al poder y control de quienes integran los órganos de gobierno y administración y sería una ficción contraria a la verdad substancial sostener que idéntico conflicto de deber no se suscite en los miembros de aquella que tienen el poder de dirigirla y obrar a través de ella, de modo que les puedan resultar éticamente diferentes las decisiones tomadas para aquellas que las que surgen en la actuación a título individual.

176. Con mayor razón -aunque no excluyente-, cuando las personas se han asociado específicamente conforme a un determinado ideario ético o religioso, circunstancia mínima que tampoco es contemplada en la guía y que demuestra de modo palmario su arbitrariedad.¹¹¹

177. Nuestro Derecho reconoce explícitamente la posibilidad de objeción de conciencia por parte personas jurídicas. Así, en la Ley Nacional de Salud Reproductiva 25.673, de materia absolutamente análoga (y por tanto aplicable conforme al art. 2º del CCyC—en idéntica solución que la del antiguo art. 16 del CC—, se incluye el reconocimiento de la objeción de conciencia institucional en forma expresa en su art. 10: "*Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en*

¹¹¹ Acerca de sus fundamentos, ver DIDIER, María Marta; ROMERO, Esteban José Ignacio; PARINI, Nicolás Francisco (2014) "Fundamentos jurídicos de la objeción de conciencia institucional", *El Derecho – Constitucional*, Buenos Aires: Universitas, vol. 2014: pp. 371-383.

sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º, inciso b), de la presente ley”.

178. En la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y no discriminación, fundadas en la religión o las convicciones, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, se menciona explícitamente, como una de las libertades comprendidas en el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la de “*fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas*”.

179. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa por Resolución nº 1763,¹¹² denominada “Derecho a la objeción de conciencia en la atención médica”, declaró en su § 1 que “*Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón.*”

180. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. et al,¹¹³ y en Conestoga Wood Specialties Corporation et Al., v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.,¹¹⁴ dispuso en sentencia del 30 de junio de 2014 que, en razón de la libertad religiosa protegida por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993,¹¹⁵ es inválido el mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud (HHS) que obliga a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas

¹¹² PARLIAMENTARY ASSEMBLY (2010) “The right to conscientious objection in lawful medical care”, Resolution 1763 (2010). Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/FeaturesManager-View-EN.asp?ID=950> (último acceso: 22/11/2020)

¹¹³Docket 13–354. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf (último acceso: 22/11/2020).

Ampliar en: LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás (2015) “Hobby Lobby: La Corte Suprema de los Estados Unidos resguarda la libertad religiosa ante mandato abortivo”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires: La Ley, N° 1: pp. 214-220. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8848/1/hobby-lobby-corte-suprema.pdf> (último acceso: 22/11/2020)

¹¹⁴ Docket 13–356. Resuelto junto con el Docket 13-354.

¹¹⁵ Religious Freedom Restoration Act, RFRA, 42 U.S Code 21B, de 1993. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-21B> (último acceso: 22/11/2020)

contrarias al aborto, a financiar cuatro métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo.

181. La mayoría de la Corte adopta como punto de partida la ley de libertad religiosa (RFRA) y se pregunta si esta ley permite al Departamento de Salud demandar el cumplimiento de prestaciones de salud reproductiva que violentan las convicciones religiosas de los dueños de las compañías Hobby Lobby, Mardel y Conestoga. Para la Corte, las regulaciones que imponen esa obligación violan la RFRA, que prohíbe al gobierno federal tomar cualquier medida que signifique una restricción sustantiva para el ejercicio de la religión, salvo que esa medida sea el medio menos restrictivo de cumplir con el interés sustancial estatal en juego.

182. Según la Corte, el mandato del Departamento de Salud “opreme gravemente el ejercicio de la religión”. Señala: “Si los propietarios se adhieren al mandato de HHS, facilitarán el aborto, y si no se adhieren, pagarán una multa muy alta, hasta 1,3 millones de dólares por día, cerca de 475 millones de dólares al año, en el caso de una de estas empresas.” “Es obvio que estas consecuencias son equivalentes a una fuerte opresión.”

183. En opinión de uno de los jueces que formó la mayoría, «Una corporación es simplemente una forma de organización utilizada por los seres humanos para alcanzar fines deseados. Un organismo establecido de la ley especifica los derechos y obligaciones de las personas (incluidos los accionistas, funcionarios y empleados) que están asociados con una corporación de una manera u otra. Cuando los derechos, ya sea constitucional o legal, se extienden a las empresas, el objetivo es proteger los derechos de estas personas.»

J. Alteración del régimen de minoridad y discapacidad

184. El Protocolo, en el punto 4 titulado “Solicitud y consentimiento para la interrupción legal del embarazo”, analiza lo que denomina “*el consentimiento informado por parte de la persona titular del derecho*”. Trata cuatro situaciones distintas: las niñas (menos de 13 años); las adolescentes de más de trece (13) años y hasta los dieciséis (16); las mayores de dieciséis (16) años o más; las personas discapacitadas.

185. Comienza con una falacia: dice que busca garantizar la dignidad y derechos de toda persona con capacidad de gestar, cuando su vida o salud estén “en peligro”, o esté cursando un embarazo producto de una violación, pero no es cierto que reduce la práctica de un aborto a “la existencia de peligro”. Ello pues, más adelante, el mismo Protocolo se olvida de la exigencia de “peligro para su vida o salud”, y se autoriza a las menores a partir de los trece (13) años a dar su

consentimiento por sí, siendo éste suficiente y no requiriéndose: (i) situación de peligro para su vida o salud; y (ii) ni consentimiento de sus progenitores o de quien está a su cargo. Es decir, que se le reconoce a partir de los trece años una autonomía absoluta para la toma de decisiones respecto a la provocación de un aborto. Y el asentimiento de sus padres o responsables sólo se exigirá si la práctica abortiva implica riesgo para su vida o salud según evaluación del equipo de salud.

186. La segunda falacia de esta argumentación es que reducen los riesgos graves para la salud o la vida de la niña, a las prácticas invasivas; además de que en muchos casos el procedimiento médico que se lleva a cabo es invasivo, en los que no lo son igualmente la situación de riesgo grave para la salud o la vida de la menor existen. El reduccionismo que se hace en el Protocolo de: gravedad = sólo práctica invasiva como interpretativo del art. 26, CCyC, siguiendo el Protocolo a la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación, es antojadizo y no acorde a los términos del CCyC. Dicho artículo del CCyC le da aptitud para decidir por sí, a los menores de 13 a 16 años respecto a prácticas médicas, cuando los tratamientos no resulten invasivos, no comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. De lo contrario, su consentimiento deberá ser prestado con la asistencia de sus progenitores. ¿Cabe sostener, como resulta del Protocolo, que una práctica abortiva en menores de 13 a 16 años, sin límite en el tiempo que llevan de gestación, no es una práctica que puede ser invasiva, que comprometa su estado de salud o tenga riesgo grave para su integridad física y hasta para su vida? ¿Y las consecuencias psicológicas de todo aborto no hacen al estado de salud?

187. El Protocolo entra en contradicción: cuando sostiene que el consentimiento de la menor debe ser brindado por escrito, entonces significa que se trata de una práctica que importa un riesgo cierto para su estado de salud, pues la Ley 26.529, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, fija como regla el consentimiento verbal, salvo en los supuestos que contempla en el art. 7º, v.gr.: (i) internación, (ii) intervención quirúrgica, (iii) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, (iv) procedimientos que impliquen riesgos según la reglamentación, (v) revocación del consentimiento otorgado, y (vi) casos de enfermos terminales. Por lo tanto, si el propio Protocolo exige el consentimiento por escrito para proceder a la práctica abortiva, es porque se trata de una práctica riesgosa.

188. El Protocolo llega al extremo de que si una niña (de menos de 13 años), que quisiera abortar, no tuviere el consentimiento de sus padres, tutores o encargados, entonces puede ser acompañada para brindar su consentimiento por otro/a referente afectivo. Y si no existe esa posibilidad, debe ser resuelto el

conflicto desde el equipo de salud por sí, no previéndose intervención de órgano judicial alguno, en contra de lo reglado en el art. 26, CCyC.

189. Si se trata de jóvenes mayores de 16 años, el Protocolo, pretendiendo seguir al CCyC, les da plena autonomía para requerir el aborto y dar los consentimientos necesarios (arg. art. 26 in fine). Sólo “pretende” seguirlo pues el CCyC prescribe: “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo,” y es claro que la adolescente no está decidiendo sobre su propio cuerpo, sino sobre un tercero (el bebé concebido), que es persona desde su concepción según el CCyC y los Tratados Internacionales.

190. En cuanto a las personas con discapacidad, el Protocolo insiste en los principios que ya enunciara: (i) la presunción de capacidad de la persona; (ii) no exigir ningún tipo de acreditación de incapacidad; (iii) se debe lograr que la persona tome la decisión, pues por el principio de capacidad, puede tomar decisiones sobre su propio cuerpo; para ello buscar los métodos que hagan comprensible la situación a la discapacitada; (iv) sólo con carácter excepcional se debe admitir el consentimiento de la persona que con carácter de apoyo le puede haber designado el Juzgado que declaró la incapacidad, y que su apoyo se vincule con cuestiones de salud.

191. Y aquí se llega al punto central de la cuestión: el Protocolo ha olvidado buena parte del ordenamiento legal. Con el afán de promover y favorecer el aborto en la mayor cantidad de casos posibles, ha desconocido el dato científico acerca del momento de la concepción y no ha tenido en cuenta normas superiores: los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma constitucional de 1994, y el art. 19, CCyC, que establece: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.”

192. El Protocolo, en este Capítulo al igual que en los restantes, no ha tenido en cuenta la calidad de “persona” que le corresponde al ser concebido desde la misma concepción, y el derecho a la vida que le ha sido reconocido en los Tratados Internacionales. Es que en todo aborto hay dos personas: la gestante y el concebido. No se puede pretender resolver la cuestión mirando solo a la madre.¹¹⁶

¹¹⁶ Respecto del concebido, y como ya se ha mencionado, basta citar: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. I: “*Todo ser humano tiene derecho a la vida...*”; la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3º: “*Todo individuo tiene derecho a la vida...*”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6º: “*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la*

193. En consecuencia, insistir en el consentimiento autónomo y progresivo de la niña o adolescente embarazada, y en su derecho al aborto no espontáneo, sin tener en cuenta qué conlleva esa práctica para el niño concebido, los derechos que el ordenamiento le otorga, y las sanciones previstas, es una clara transgresión al ordenamiento positivo vigente.

K. La ausencia de razonabilidad

194. La aplicación que hace el Protocolo de la finalidad sustancial de *FAL* es inconstitucional también por sufrir el vicio de irracionalidad. La sustancia del decisorio en *FAL* es interpretar que la causal de inimputabilidad establecida en el art. 86, inc. 2º, Código Penal, tiene que ser interpretada en forma amplia. Además, *FAL* sugiere¹¹⁷ medios para permitir que la mujer embarazada violada que decida recurrir al aborto, lo haga de manera rápida y efectiva.

195. Sin embargo, el Protocolo tergiversa en forma irracional la finalidad tenida en mira en *FAL*.

196. Ya Tomás de Aquino destacó la trascendencia del elemento razonabilidad en la sustancia de la ley (en sentido lato). De allí su definición de ley como ordenación de la razón, orientada al bien común, y promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.¹¹⁸

197. Por esto, la razonabilidad de la ley, medida en su adecuación entre medios y fines, en la proporcionalidad, en su carácter lógico, en su aptitud para lograr los fines perseguidos, en su carencia (en la máxima medida posible) de daños colaterales y cargas indebidas, es el primer criterio para analizar la constitucionalidad de la norma en cuestión. En nuestra Constitución Nacional, la exigencia de la razonabilidad de la ley resulta de las garantías del debido proceso

ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente;” la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 4º: “*Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...*”; la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual la República Argentina hizo una reserva y declaración, y que en relación al art. 1º, dijo textualmente: “... *la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todos ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años*”.

¹¹⁷ En un fallo, la Corte Suprema no puede hacer otra cosa que sugerir; recordemos que la Corte Suprema, al no una competencia legislativa fuera del caso ni poseer el *expertise* legislativo, no puede legislar, limitándose a indicar o mencionar aspiraciones normativas.

¹¹⁸ AQUINO, Tomás de (1265-1274) *Suma teológica*, I-IIae, Q. 90 (De la esencia de la ley). Disponible en: https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1225-1274,_Thomas_Aquinas,_Summa_Theologiae,_ES.pdf (último acceso: 22/11/2020)

sustantivo,¹¹⁹ consagrado por el art.18, y del principio de proporcionalidad, que depara que los derechos no son absolutos sino limitables, más bajo las exigencias del art. 28, Const. Nac., conforme la jurisprudencia,¹²⁰ y la doctrina.¹²¹

198. Esta doctrina es especialmente aplicable para el caso del Protocolo aquí cuestionado. Como ya lo hemos visto, este es un reglamento administrativo o acto de alcance general que se encuentra sujeto a los recaudos del art. 7º, Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, en especial su inc. f), que exige

¹¹⁹ Conf. LINARES, Juan Francisco (1944) *El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires: Depalma, y su segunda edición actualizada de 1970. Ver, asimismo, los estudios de CIANCIARDO, Juan (2000) *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona: EUNSA; CIANCIARDO, Juan (2004) *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires: Ábaco, y su segunda edición del 2009; CLÉRICO, Laura (2001) *Die Strukturder Verhältnismässigkeit*, Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; CLÉRICO, LAURA (2009) *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires - EUdeBA; SAGGESE, Roberto M. A. (2010) *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

¹²⁰ Conf. *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*, Fallos: 339: 1077, del 18/8/2016; *Cohen Arazi, Eduardo c/ E.N.*, Fallos: 330: 5032, del 11/12/2007; *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales*, Fallos: 327: 3753, del 21/9/2004; *Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMDA*, Fallos: 327: 3677, del 14/9/2004; *Cena, Juan Manuel c/ Provincia de Santa Fe*, Fallos: 322: 2817, del 18/11/1999; *Padres de alumnos de colegios dependientes de la UNC*, Fallos: 322: 270, del 9/3/1999; *Cocchia, Jorge Daniel c/ E.N.*, Fallos: 316: 2624, del 2/12/1993; *Pastrana Gómez, Gustavo Enrique s/ quiebra*, Fallos: 315: 565, del 31/3/1992; *Vega, Andrés Roberto y otro c/ Inst. Nac. de Vitivinicultura*, Fallos: 311: 1565, del 23/08/1988; *Celso de Stoll, Elide Josefina Laura*, Fallos: 304: 319 (1982); *Barone, Manlio y otro c/ Banco di Napoli*, Fallos: 249: 252 (1961); *Russo, Ángel c/ Delle Donne, E.*, Fallos: 243: 467 (1959), voto de los Dres. Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte; entre otros.

¹²¹ LINARES, Juan Francisco (1944) *El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución argentina. Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires: Depalma, pp. 161-162; FIORINI, Bartolomé A. (1962) *Poder de policía*, Buenos Aires: Alfa, p. 145; LINARES, Juan Francisco (1989) *Razonabilidad de las leyes. El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires: Astrea, segunda edición actualizada, p. 164; CAYUSO, Susana G. (1992) "Control de razonabilidad. Pautas de revisión", *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, N° 57: pp. 11-23, esp. p. 13; GELLI, María Angélica (2004) "La Corte Suprema de la República Argentina en las emergencias económicas", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, pp. 165-207, esp. p. 199; CIANCIARDO, Juan (2009) *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires: Ábaco, segunda edición actualizada y ampliada, pp. 40-41; CASSAGNE, Juan Carlos (2009) *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Madrid y Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 35; BADENI, Gregorio (2010) *Tratado de Derecho constitucional*, Buenos Aires: La Ley, tercera edición actualizada y ampliada, t. I, p. 677; SACRISTÁN, Estela B. (2019) "Control de razonabilidad en Argentina (en especial, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)," *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, Buenos Aires: Ediciones Rap, N° 485: pp. 43-56.

expresamente, en materia de finalidad del acto, el cumplimiento del recaudo de razonabilidad o proporcionalidad.¹²²

199. La irrazonabilidad del Protocolo se manifiesta en los siguientes vicios:

i. Vaguedad

200. El protocolo genera incertidumbre respecto de cuándo un aborto es no punible, tanto por supuesto fáctico (violación) como por tiempo de embarazo.

ii. Omisión de identificación del interés sustancial estatal a proteger y su legitimidad

201. El aborto no punible en caso de violación, sin exigencia de denuncia penal previa y sin tiempo límite de embarazo, establecido por el Protocolo (ya sabemos que la sugerencia de *FAL* al respecto carece tanto de fuerza normativa como de valor de precedente jurisprudencial) parece tener como finalidad estatal evitar el sufrimiento psíquico de la madre, y demoras en la práctica abortiva. Empero, ¿es éste un interés que pueda legítimamente ser invocado, con primacía, sobre el interés superior¹²³ del concebido a ser protegida su vida?

202. Podría sostenerse aquí que la anterior objeción no alcanza cuando la embarazada con pretensión de abortar es menor de 18 años de edad. Sin embargo, el evitar el sufrimiento de la denuncia (sin perjuicio de que puede hacerse por otros medios menos cruentos) no puede ser superior y lograrse a expensas de la vida del otro niño (el por-nacer).

iii. Falta de precisión y ejecución del interés sustancial estatal en la protección de la vida humana

203. En el supuesto de una mujer (de cualquier edad) que concurra a un establecimiento sanitario invocando un embarazo por violación y solicitando la práctica del aborto, el Protocolo no establece ningún medio o regulación destinada a proteger primero la vida del concebido. Por ende, el Protocolo es inconstitucional por omisión pues rechaza consagrar, como interés sustancial estatal, la protección de la vida del concebido.

¹²² Ley 19549 (B.O. 27/4/1972), art. 7º, inc. f), párr. 1º, *in fine*: “Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad.”

¹²³ Arts. 3º, 5º, 8º y conchs. de la Ley 26.061, y arts. 1º, 3º, 6º y conchs., CDN; ver, *supra*.

iv. Ausencia de demostración de que el interés sustancial perseguido sólo puede ser logrado por medio del daño a la vida humana

204. El Protocolo no demuestra que exista otro medio igual de eficaz (evitar sufrimiento a la madre, evitar demoras) sin ese daño, al menos de la magnitud que hoy tiene. Sin pretensión de sustituirla prudencia del legislador, pueden citarse, enunciativamente, otros medios: ofrecer a la madre asistencia especial económica y, eventualmente, a su familia; atención psíquica, sanitaria, clínica y obstétrica; servicios de un asistente social; empleo en trabajos que puedan ser continuados después del parto; puesta a disposición de medios educativos adecuados al caso. También pueden enunciarse: posibilidad de la adopción prenatal; aseguramiento de establecimientos dignos para la acogida del niño; mejor educación para éste hasta el momento de ser adoptado. Estas son medidas posibles, tal vez más costosas para el erario público, pero más valiosas que matar al por nacer.

v. Permisión del aborto durante la duración del embarazo. Ilimitación temporal

205. La inimputabilidad del aborto en el supuesto de violación, denunciada o no denunciada, requiere de precisión en lo que respecta al tiempo de embarazo durante el cual tal inimputabilidad es establecida. Es que la limitación en el tiempo, aunque el hecho sea igual en lo que hace al daño sustancial e irreversible que provoca (extinción de unavida humana) es menor en el escándalo y ejemplaridad social si el aborto se practica en tiempo temprano. Cuanto más se desarrolla el Concebido, más cruel es el aborto, en sí mismo, y más horrenda la repercusión social.

206. La práctica del aborto en tiempos avanzados de embarazo importa una crueldad inconcebible e inadmisibles para una sociedad más o menos civilizada, y de ello da cuenta la experiencia estadounidense.

vi. El *partial birth abortion* o “aborto del parcialmente nacido”. Su procedimiento y alternativa quirúrgica

207. La situación planteada más arriba se ha exteriorizado de una manera singular con ocasión de una técnica abortiva¹²⁴tardía, utilizada en los Estados Unidos a partir del segundo trimestre hasta, en algunos casos, casi la terminación del embarazo, que había sido prohibida bajo sanción penal por leyes estatales y,

¹²⁴ En el idioma políticamente correcto –versión actual del *newspeak* o “neolenguaje” de 1984, de ORWELL– se debería decir “interrupción del embarazo”.

ahora, por una ley federal¹²⁵. La constitucionalidad de esas leyes prohibitivas fue cuestionada en los dos casos *Carhart* con el argumento de que ambas¹²⁶ carecían de un lenguaje que fuese lo suficientemente claro para dejar a salvo la procedencia de otro método, también de empleo en el mismo período de la gestación. Se cuestionó, en los dos casos, el que las leyes involucradas no exceptuaran de la prohibición al aborto realizado cuando la continuación del embarazo pudiese poner en riesgo la salud materna. Incluso se esgrimió un argumento mixto: la penalización del *partialbirthabortion*, de no prohibir también el método alternativo que seguidamente escribiremos, puede obligar a la mujer a recurrir a este último, con mayor peligro para su vida que en el primer procedimiento.

208. Veamos ahora a los dos métodos, de acuerdo con la descripción que de ellos se hace en *Carhart 1*:

“Durante el segundo trimestre de embarazo (12 a 24 semanas), el procedimiento abortivo más común es el llamado ‘dilatación y evacuación’ (D&E), lo que se hace mediante la dilatación del cuello del útero, la remoción de por lo menos algún tejido fetal usando instrumentos quirúrgicos no aspiradores, y (después de la semana n°15) la necesidad potencial del desmembramiento del feto, mediante instrumentos apropiados, o la necesidad de hacer colapsar partes del cuerpo del feto para facilitar la evacuación desde el útero. Cuando tal desmembramiento resulta necesario, el mismo típicamente ocurre en tanto el doctor arrastra una porción del feto a través del cuello de útero dentro del canal de parto. El riesgo de complicaciones y mortalidad que acompaña al D&E es significativamente más bajo que aquellos propios de los procedimientos de trabajo inducidos. Una variación del D&E, conocido como ‘D&E intacto’ (intact D&E), es utilizada después de la semana n° 16. Se lleva a cabo mediante la remoción intacta del feto a través del cuello del útero, esto es, mediante un sólo paso en lugar de la necesidad de varios pasos. El D&E intacto es un procedimiento que se lleva a cabo de dos modos diferentes, dependiendo ello de si el feto presenta primero la cabeza o bien los pies. En este último caso el método es conocido como ‘dilatación

¹²⁵ En realidad, como así fue en el *Carhart-1*, en principio la regulación del aborto es de competencia estadual, pero en esta oportunidad se justificó el ejercicio del poder legislativo federal en razón de la regulación de la profesión médica de acuerdo con la “cláusula de comercio” (*Carhart-2*; 000 U.S. 05-380).

¹²⁶ En el primer caso, una ley del Estado de Nebraska; en el segundo, como vimos, una ley federal. En el ínterin hubo otros dos intentos del Congreso de los Estados Unidos destinados a prohibir el “aborto del parcialmente nacido”; en esas dos oportunidades la ley fue sancionada, pero luego vetada por el presidente Clinton.

y extracción' (D&X). D&X se encuentra ordinariamente asociado con el término 'aborto del parcialmente nacido'...."¹²⁷

209. Más adelante se aclara que el D&X se utiliza preferentemente a partir de la semana 24 (6° mes) cuando ya el uso del método alternativo D&E se torna desaconsejable por la fortaleza que han ganado los miembros del niño.¹²⁸

210. El *partial birth abortion* o D&X o "D&E intacto" según *Carhart-2* (que es el método expresamente prohibido por las leyes cuestionadas en ambos casos)

¹²⁷ Traducción propia, no oficial. La descripción resumida de distintos métodos abortivos puede verse en STRUBBIA, Mario (2006) *Aspectos constitucionales del aborto*, Rosario: Nova Tesis, pp. 207- 212.

La sentencia utiliza la expresión *dismemberment*, que se puede traducir como "descuartizamiento", equivalente a "desmembramiento".

La sentencia se refiere al riesgo de muerte de la madre, ya que (si se permite la trivialidad), el feto siempre se muere, o quizás podría decirse que el D&E importa una seguridad del 100% de muerte del feto, mientras que la alternativa de inducción podría tener, con respecto al feto, alguna falla. Con la expresión "feto" nos referimos, naturalmente, al "niño por nacer", a cuyo estado de desarrollo durante el segundo trimestre nos referiremos luego.

¹²⁸ El D&E, como vimos, se practica desmembrando o descuartizando al feto. *Carhart-1* explica que, luego de producida la dilatación, el médico tira de los miembros del feto, arrancándolos "de una pieza por vez". "El feto morirá –relata la sentencia- por pérdida de sangre, ya sea porque el médico ha separado el cordón umbilical antes de comenzar el procedimiento, o porque el feto pierde sangre a medida que sus miembros son arrancados".

Testigos presenciales del procedimiento, conf. *Carhart-1*, destacan que durante el desarrollo de esa práctica pueden ser oídos, con aparatos especiales, los latidos del corazón del feto, es decir que puede suceder que por algún momento inicial conserve la vida mientras se lo descuartiza. Es importante detenernos en el D&E porque la defensa de su validez y vigencia como una práctica médica legítima –alcanzada o no por la prohibición del D&X- es uno de los motivos centrales de los dos casos *Carhart*.

Veamos cómo continúa la descripción del D&E, ahora en el *Carhart-2*: "Después de lograda una suficiente dilatación la operación quirúrgica puede comenzar. La mujer es sometida a anestesia general o sedación consciente. El doctor, habitualmente guiado por ultrasonido, inserta 'forceps' a través del cuello del útero para sujetar al feto. El médico así agarra con fuerza una parte del feto y tira hacia abajo a través del cuello y de la vagina, continuando con la operación incluso de encontrarse con resistencia en la zona del cuello del útero. La fricción provoca que el feto se desmiembre. Por ejemplo, una pierna puede ser arrancada del feto a medida que es tirado hacia fuera a través del cuello del útero. El proceso de evacuar el feto pieza a pieza continúa hasta que ha sido completamente removido. El cirujano puede necesitar hacer de 10 a 15 operaciones con los 'forceps' hasta evacuar totalmente el feto, aunque en ocasiones la remoción puede hacerse con menos operaciones. Una vez que el feto ha sido evacuado, la placenta y cualquier otro material fetal (es decir, pedazos del cuerpo) remanente son succionados o raspados para extraerlos del útero. El médico examina las diferentes partes (los pedazos del cuerpo del feto) para asegurarse que la totalidad del cuerpo fetal ha sido totalmente removida" (paréntesis agregados). Luego el relato aclara que algunos médicos (¿por un sentimiento de piedad?), especialmente cuando el procedimiento se aplica hacia el final del segundo trimestre, "pueden matar al feto un día o dos antes de realizar la evacuación quirúrgica" aunque otros profesionales rechazan esta opción por considerar que "agrega riesgos con ningún o pocos beneficios".

evita el desmembramiento: el cirujano conduce al feto de manera de extraerlo del cuerpo de la madre –haciendo un trabajo previo de rotación si fuese necesario- pero dejando alojada su cabeza en el cuello del útero, lo que se facilita graduando la dilatación. Según *Cahart-2*:

“...el cirujano desplaza los dedos de su mano izquierda a lo largo de la espalda del feto y ‘engancha’ los hombros con los dedos índice y pulgar (la palma hacia abajo). Mientras mantiene esta tensión, levantando el cuello del útero y aplicando tracción a los hombros con los dedos de la mano izquierda, el cirujano con su mano derecha toma un par de tijeras curvadas ‘Metzemaun’. Entonces cuidadosamente avanza la punta de las tijeras, colocada bajo su dedo medio, a lo largo de la columna vertebral hasta que siente el contacto con la base del cráneo en la yema de aquel dedo. El cirujano entonces introduce las tijeras en la base del cráneo...Habiendo hecho esto cuidadosamente, abre las tijeras para agrandar la abertura (del agujero hecho en el cráneo). El cirujano quita las tijeras e introduce un ‘catheter’ de succión dentro de aquel agujero y (así) evacua el contenido del cráneo. Con el ‘catheter’ todavía en el lugar, aplica una tracción sobre el feto, removiéndolo completamente de la paciente” (paréntesis agregados).

211. Según *Carhart 2*, una enfermera que presencié esta operación sobre un feto de 26 semanas y media (casi siete meses) testificó que, una vez con el cuerpo, menos la cabeza, fuera de la madre, “...los deditos del bebe se abrían y cerraban, y sus pequeños pies pateaban. En ese momento, el doctor clavó las tijeras en la parte de atrás de su cabeza y los brazos del niño se agitaron...”¹²⁹.

212. Pero todavía hay situaciones igualmente monstruosas. En el *partial birth abortion* la víctima “nace” o es extraída de la madre en aproximadamente un 70 % de su cuerpo. Pero, ¿por qué no hacerlo nacer totalmente, lo que en sí mismo no podría producir ningún riesgo incremental para la salud de la mujer, teniendo en cuenta el punto llegado y que el proceso normal del embarazo ha sido ya interrumpido? Se podría, entonces, intentar mantener con vida al bebé ya nacido, lo que es posible, según lo veremos luego. Pero la maldad humana parece no tener límites. Arkes denuncia la existencia de otro método considerado abortivo, al que llaman *live birth abortion* o “aborto del nacido con vida”: “Un niño es extraído

¹²⁹ El D&X tiene variaciones. Según *Carhart-2*, en algunos procedimientos, el médico, después de la incisión en la nuca, masaca el cráneo; en otros, la extracción no se detiene según lo hemos mencionado en el texto, sino que el médico continua tirando el cuerpo del feto hacia fuera de la madre, de manera de lograr separar la cabeza, impedida de pasar por insuficiente dilatación, del cuerpo del feto todavía vivo, *decapitándolo*. Lo esencial es la muerte del feto con anterioridad a su extracción total; de lo contrario podría ser considerado un caso de infanticidio, es decir, la muerte de un bebe totalmente nacido, lo que, en principio, es penado, sin cuestionamientos constitucionales, en todos los estados.

vivo de la madre y simplemente puesto en un costado, desnudo, y dejado morir.”¹³⁰ Quizás no se lo considere infanticidio teniendo en cuenta el tiempo prematuro del parto inducido, quizás también porque el niño no sería viable de no contar con una especial atención médica (p.ej., a partir de entrado el quinto mes) o no lo sería en ningún caso (p.ej., al cuarto mes). Pero lo extrajeron y lo dejaron morir.

213. *Carhart-2* es uno más –sin duda de gran y especial trascendencia- en la familia de casos sobre el denominado “derecho al aborto”, según quedó definido y así incorporado al ordenamiento constitucional norteamericano a partir del famoso *Roe vs. Wade*.¹³¹

214. Ahora repasaremos la jurisprudencia que desembocó en los dos *Carhart*.

215. Los fundamentos de la doctrina constitucional “abortista” surgen de la combinación *Roe*, *Doe* y precisados luego en *Casey*. Los dos *Carhart* son mera aplicación casi mecánica de esos fallos, en un marco convalidatorio de prácticas especialmente brutales y crueles.

216. *Roe* es una muestra de cómo el mal también puede ser una cuestión de técnica interpretativa constitucional, con el liminar reconocimiento sentado por Blackmun, autor del principal voto mayoritario, acerca de la gravedad y magnitud de los valores que el problema del aborto pone en juego, entre ellos nada menos que la cuestión de la vida humana. Ésta es tratada con desatención por el conductor de la doctrina *Roe* fundada, en lo principal en el “derecho a la privacidad,”¹³² derecho no expresamente previsto en la letra de la Constitución

¹³⁰ ARKES, Hadley (2004) *Natural Rights & the Right to Choose*, New York: Cambridge University Press, pp. 242-243.

¹³¹ 410 U. S. 113 (1973).

¹³² La Corte Suprema estadounidense, opinión del Justice Douglas, había ya encontrado ese derecho a la privacidad en la “penumbra” de la Primera Enmienda, especialmente en el “derecho de asociación”. El párrafo que nos interesa señala: “En *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, 462, nosotros protegimos ‘la libertad de asociación y de privacidad en la propia asociación’, notando que aquella libertad de asociación era un derecho periférico de la Primera Enmienda. La revelación de la lista de miembros de una asociación constitucionalmente válida, sostuvimos, era inválido ‘en tanto supone la probabilidad de una restricción sustancial sobre el ejercicio del derecho de libre asociación de los peticionantes...’ En otras palabras, la Primera Enmienda tiene una penumbra donde la privacidad es protegida de la injerencia gubernamental...”, según fue sostenido en *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 483 (1965), en el cual se declaró la inconstitucionalidad de la ley estadual que penaba el uso de drogas o mecanismos anticonceptivos como el mismo consejo médico a favor de su consumo.

estadounidense –como lo admitió en mismo Blackmun¹³³- pero inherente al concepto de “libertad ordenada” consagrado en *Bowers v Hardwick*.¹³⁴

217. Es indiscutible que el derecho a la privacidad (v.gr., el derecho a un ámbito garantizado de libre injerencia de los poderes públicos y de cualquier intromisión privada no consentida) es esencial a la libertad y a la dignidad personal. Tal derecho integra el complejo de valores fundamentales que vienen del fondo de nuestra cultura¹³⁵ y así ha sido trasladado a nuestros ordenamientos constitucionales. Pero que tal “derecho a la privacidad” sea el fundamento del “derecho al aborto”, como lo pretende *Roe*, es una afirmación insostenible, aún frente a los distintos supuestos en los que la salud física o psíquica de la madre pudiese estar involucrada.

218. No sin un dejo de ironía en su disidencia Rehnquist manifiesta tener “dificultad en concluir, como lo hace la (mayoría de la) Corte, que el derecho de ‘privacidad’ se encuentre involucrado en este caso”. “Una transacción (entre el médico y la “paciente”) que resulta en una operación como la del caso no es

¹³³ Destaquemos que nuestros constituyentes de 1853, a pesar de seguir el modelo de la Constitución estadounidense, desarrollaron en forma expresa una concepción del que hoy denominamos “derecho a la privacidad” –a partir (pero no exclusivamente) del más fundamental derecho a la “libertad de conciencia”- notablemente equilibrado y, seguramente, con una redacción de avanzada para la época. Recordemos el texto del art. 19: “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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Sobre el particular ver BARRA, Rodolfo C. (2002) *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Ábaco, t. 1, § 21.c), con citas de jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, especialmente *Montalvo, Ernesto A.*, Fallos: 313: 1333, que rechazó la pretendida inconstitucionalidad del art. 6° de la Ley 20.771, sobre el tratamiento penal –más destinado a la cura que a la sanción- del tenedor de droga aún en una cantidad no mayor que aquella necesaria para su propio consumo personal. En el cons. 11, dijo la Corte: “La expresión subrayada (*de ningún modo*) tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales (...) en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que *de algún modo*, cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que *de algún modo* trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a la forma de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente.”

¹³⁴ 478 U.S. 186 (1996), donde aparece invocado tres veces. Ver, asimismo, *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), esp. p., 155.

¹³⁵ También aquí vale la cita evangélica “Dad a Dios lo que es de Dios y al Cesar lo que es del Cesar” (Mt. 22.21). En el propio *Roe* son muy valiosos los conceptos que sobre el particular se encuentran en el voto concurrente del Justice Stewart, ello sin perjuicio de que, en nuestra opinión, en el caso del aborto no nos encontramos en la esfera de la conciencia o esfera de íntima privacidad, ya que el aborto provocado, lejos de ser una conducta que “*de ningún modo*” trasciende de aquella esfera (arg. art. 19, cit.) extingue la vida de un ser *distinto* de la madre, como lo discutiremos en el texto, y así se convierte en un hecho público, sujeto a la autoridad de los magistrados.

‘privada’ en la utilización ordinaria de tal palabra”. En realidad, sostiene Rehnquist, lo que está en juego en el caso no es la “privacidad” sino la pretensión de “ser libre de una no querida regulación estatal de transacciones consensuadas” (ibidem), como “una forma de libertad protegida por la Enmienda Catorce”, siempre que se viole la garantía del “debido proceso de ley”, lo cual debe ser valorado mediante la utilización del *compelling state interest test*.

219. El alcance que *Roe* otorga a este “derecho a la privacidad”, como muy bien lo subraya la disidencia recién transcrita, se resume en un derecho a la no injerencia: el derecho a estar y permanecer exento de cualquier tipo de objeción con relación a la conducta seguida. Esta ha sido una tesis que, a lo largo de la historia de la lucha por los derechos humanos, fue muchas veces planteada, con variantes dialécticas menores, para justificar las aberraciones más atroces. Así, por ejemplo, Arkes¹³⁶ recuerda el debate entre Lincoln y el Juez Douglas (sostenedor del derecho de los estados esclavistas a decidir libremente sobre este régimen), y así trae a colación el juicio crítico del Presidente con relación a que el “*sagrado derecho de auto-gobierno*” de los estados estaba tan desnaturalizado en la opinión de Douglas que quedaría reducido a sostener “*que si cualquier hombre opta por esclavizar a otro, a ningún tercero deberá serle permitido objetar.*”

220. Insistimos en que nuestro constituyente de 1853 adelantó la respuesta correcta al problema que nos ocupa. El santuario de la privacidad debe ser preservado como uno de los bienes humanos –y por tanto, individuales y sociales a la vez- más preciados, hasta el límite a partir del cual las conductas, hasta ahí tan intensamente protegidas, “de algún modo” “afecten al orden y a la moral pública” o “perjudiquen a un tercero”, conf. art. 19, Const. Nac. Así lo recordó, en una correcta interpretación, la Corte Suprema en *Montalvo*.¹³⁷

221. Por supuesto que el “algún modo” en el que la acción privada deja de ser tal para convertirse en pública (es decir, la medida de su incidencia sobre el exterior de la conciencia) debe ser jurídicamente “ponderable” como también se subrayó en *Montalvo*. Es que toda conducta inmoral siempre será capaz de afectar, “de algún modo”, al exterior del agente, siquiera por la mera razón del propio vicio del sujeto, que le impedirá “exhalar” virtud ejemplar hacia los terceros. Pero es la prudencia del legislador la encargada de valorar –sin perjuicio del control judicial de constitucionalidad, en una eventual causa donde se

¹³⁶ ARKES, Hadley (2004) *Natural Rights & the Right to Choose*, New York: Cambridge University Press, p. 164.

¹³⁷ Ver nota al pie N° 129.

cuestione la razonabilidad de la norma de que se trate- la incidencia que ese “algún modo” pueda tener sobre el bien común.

222. El legislador debe realizar, como en toda cuestión constitucional, un balance de los bienes que se enfrenten en el caso; en lo que aquí interesa, el bien de la protección de la privacidad y el de las consecuencias de la conducta en cuestión sobre el bien común. Hay casos en que tal incidencia aparece de una manera manifiesta e insoslayable, como, p. ej., en la hipótesis que se discutió en *Montalvo*. Además de que la drogadicción es un grave problema de salud pública, el que consume droga la tiene que adquirir (es absurdo permitir el consumo y combatir la venta) con lo cual el consumidor fomenta el tráfico que el Estado penaliza y quiere eliminar, precisamente por sus efectos dañinos para la salud. Aparece aquí, entonces, un balance de bienes: entre el derecho de la persona a decidir acerca de su propia vida, consumiendo droga en un ámbito privado, pero que no puede evitar adquirir de terceros, “publicando” así su conducta, por un lado; y el “interés sustancial” de combatir el tráfico de ese tipo de drogas nocivas y tutelar la salud de la población, incluyendo la salud del drogadicto mismo.

223. La razón de salud pública hace prevalecer el último de los términos de aquella ecuación. Ello pues no es irrazonable pensar que combatiendo el consumo –y, principalmente, ayudando al drogadicto a curarse- se combate también la venta: la reducción de la demanda puede ayudar a la reducción de la oferta. La lucha contra la drogadicción no supone necesaria y exclusivamente la defensa de ciertos valores morales –aunque sin duda es moralmente buena- sino la defensa de la salud pública, con relación a lo cual las autoridades pueden plausiblemente invocar el “interés sustancial” de decidir medidas apropiadas en contra de su distribución, incluso la persecución penal.

224. Una situación más crítica se presenta, en cambio, cuando el “interés estatal inexcusable” se centra, exclusiva o predominantemente, en el sostenimiento de una determinada posición moral.¹³⁸ Sin duda las autoridades

¹³⁸ Antes deberíamos preguntarnos si es legítimo que el Estado sostenga determinados valores morales, lo que es una cuestión más que controvertida; ver GEORGE, Robert P. (2002) *Making men moral. Civil liberties and public morality*, Oxford: Oxford University Press.

Pero en nuestro ordenamiento constitucional tal controversia no tiene mucha justificación, ya que el referido sostenimiento o afirmación se encuentra expresamente autorizado por el art. 19, Const. Nac.. Según esta norma existe una “moral pública” que puede estar sujeta (no estar “exenta”) a la “autoridad de los magistrados”. También reconoce la existencia de una “moral pública” el art. 13, 2.b, CADH (que forma parte de nuestra Constitución, conf. art. 75, inc. 22, Const. Nac.), en especial en lo que se refiere a la “protección de la infancia y la adolescencia”, art.13.3, CADH. Tengamos asimismo en cuenta que si existe una “moral pública” es porque también existe una “moral privada” (aquí es evidente que el constituyente, al calificar, distinguió), o mejor, teniendo en cuenta que los valores morales son uniformes, podemos decir que hay conductas moralmente calificables que no trascienden de la esfera privada de los sujetos que las practican y otras que, por si mismas

pueden y deben promover determinados valores morales –por ej., a través de la educación pública, mediante medidas de fomento, etc.- pero, en tanto que las conductas que los contradigan no tengan un efecto jurídicamente ponderable sobre la comunidad, tales conductas no pueden ser, de ningún modo, sancionadas, ya que, como lo ordena nuestro art. 19, Const. Nac., deben quedar “exentas de la autoridad de los magistrados”¹³⁹. Sólo muy excepcionalmente el

o frente a determinadas circunstancias, tienen efectos ponderables en un ámbito exterior al propio, privado, de aquellos sujetos, es decir, afectan un ámbito o espacio público.

¹³⁹ No se trata de que el Estado deba adoptar una posición indiferente o relativista al respecto, sino que carece, para ello del “interés inexcusable” que lo habilite a dañar un bien –la privacidad- en beneficio de otro bien, la promoción de la virtud, además de que pueda hacer esto último con otras medidas eficaces, que no supongan instalar el ojo del “Gran Hermano” en cada hogar. El Estado debe promover la vida virtuosa, pero esto solo en la medida apropiada a la naturaleza subsidiaria del mismo Estado (sobre el concepto de “subsidiariedad”, ver BARRA, Rodolfo C. (2002) *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Ábaco, t. 1, § 9 a 16).

ARISTÓTELES, en la *Metafísica*, X,1, 1053^a 24-25, luego seguido por Santo Tomás de Aquino, dice que la ley es, en un cierto sentido, una regla o medida de los actos humanos, y una medida tiene que ser homogénea a la cosa que mide. Así dirá luego el Aquinate, en su *Suma Teológica*, I-II, Q. 77, 1, ad 1, que dado que las leyes humanas se aplican a una multitud de hombres, la mayor parte de los cuales no son perfectos en la virtud, tales leyes no deben prohibir todos los vicios, sino sólo aquellos graves de los cuales la mayoría de los individuos puedan abstenerse y que, además, deben ser combatidos para que la sociedad humana pueda funcionar y realizar el bien común temporal.

Esta cuestión nos hace presente el problema de la utilización de métodos anticonceptivos artificiales que, para muchos (especialmente para los católicos, ver encíclica *Humanae Vitae*, de SS Paulo VI, del 25 de julio de 1968), importa una grave infracción moral. Pero no es ni conveniente ni posible que las autoridades intervengan coactivamente en este campo, más allá de la educación en favor de la virtud y –de acuciante interés en el caso de nuestro país- del fomento del desarrollo demográfico. Incluso, a diferencia de lo que ocurre con las drogas adictivas y nocivas, el Estado no podría prohibir la venta de anticonceptivos ya que ello sería una manera de impedir a los individuos el ejercicio de una legítima opción moral exclusivamente “privada” o personal –su comportamiento sexual, el número de hijos que desean tener, si alguno, el método anticonceptivo a utilizar- sobre la que el Estado, a diferencia de la Iglesia, carece de “jurisdicción”.

Este es el problema con que se enfrentó la Corte Suprema de Justicia estadounidense en el ya citado *Griswold*, donde tuvo que resolver acerca de la constitucionalidad de una ley del estado de Connecticut que imponía pena de multa y/o prisión a “*Toda persona que utilice cualquier droga, artículo medicinal o instrumento con el propósito de prevenir la concepción...*” El Justice Douglas, por la mayoría, luego de recordar el principio del “interés inexcusable” bajo la siguiente fórmula: “*el propósito gubernamental de controlar o prevenir actividades sujetas a las regulaciones estatales no puede ser logrado por medios de alcances innecesariamente amplios y así invasores del área de las libertades protegidas*” (p. 485, con cita de *NAACP v. Alabama*), se preguntó: “*¿Permitiríamos a la policía investigar dentro de los sagrados precintos de los dormitorios matrimoniales para descubrir pruebas del uso de anticonceptivos? La misma idea es repulsiva frente a la noción de privacidad que rodea la relación matrimonial.*” (pp. 485-486). Y así concluyó con un hermoso párrafo: “*Estamos tratando con un derecho a la privacidad que es más antiguo que el ‘Bill of Rights’, más antiguo que nuestros partidos políticos, más antiguo que nuestro sistema escolar. El matrimonio es un ir juntos para mejor o para peor, con esperanza de perdurabilidad, y tan íntimo hasta el grado de ser sagrado. Es una asociación que promueve un estilo de vida, no causas; un vivir en armonía, no lealtades políticas; una lealtad bilateral, no proyectos sociales o comerciales. Ciertamente es una asociación para un propósito tan noble como ningún otro comprometido en todas nuestras anteriores decisiones.*” (p. 486), subrayando así las normas de derecho natural que rodean a la institución conyugal. Es interesante destacar que la opinión concurrente del Justice

Estado podría invocar un “interés sustancial” en impedir ese tipo de conductas que no trascienden de lo privado, o que sólo podrían hacerlo en una medida muy lejana.

225. Si el legislador, en cambio, sancionase penalmente una conducta que, a pesar de ser calificada como inmoral en sí misma, no trascendiese del ámbito privado de quien la practica, aún cuando sea con otro sujeto voluntario, como es el caso del acto homosexual llevado a cabo en un domicilio privado, se estaría así excediendo en los límites del “algún modo”, en una valoración que no puede sino ser considerada arbitraria. En ese supuesto no sólo no hay terceros involuntarios involucrados, lo que haría a la prohibición desproporcionada, sino que también esta pecaría de ineficaz, ya que, si bien será perfectamente posible evitar la difusión pública de aquel comportamiento sexual, no será nunca materialmente posible, en cambio, evitar que ese tipo de prácticas tengan lugar en recintos totalmente privados.¹⁴⁰

226. Volviendo a *Roe*, la idea del “derecho a la privacidad” que allí se sostiene para la consagración constitucional del aborto, no deja de ser, también, una forma de “banalización” del mal: este hecho maligno concreto, o todos los de su

Goldberg funda el derecho a la privacidad en la Novena Enmienda, norma fuente de nuestro art. 33, Const. Nac..

¹⁴⁰ Esta ha sido la discusión que la Corte norteamericana tuvo consigo misma en el juego de *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), donde sostuvo la constitucionalidad de las leyes estatales que sancionaban penalmente la sodomía consensuada, aún en un ámbito privado, y de *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), en el cual declaró la inconstitucionalidad de la ley estatal que establecía que “Una persona comete ofensa (criminal) si se compromete en una relación sexual desviada con otro individuo del mismo sexo”, mientras que tal conducta desviada era descripta, en general, como una práctica de sodomía.

Debemos destacar que esta cuestión, vinculada con el derecho a la privacidad de las personas con relación, a la vez, a una actividad que es por definición íntima y, así, privada (como cualquier actividad sexual) nada tiene que ver con el pretendido derecho al matrimonio de personas homosexuales entre sí. El matrimonio tiene un eje natural en la relación sexual entre los cónyuges, relación que, de suyo y normalmente está orientada a la procreación, lo que, al ser consagrado por la totalidad de las confesiones religiosas desde el fondo mismo de la historia humana, y más recientemente también por el Estado, pasa a formar parte de lo moralmente bueno en el ámbito de la “moral pública”. En cambio, de aceptarse el matrimonio homosexual ello sería una declaración estatal de que ese tipo de relación sexual, naturalmente incapaz de procrear, es también moralmente buena, siempre en el ámbito de la “moral pública”, adonde la sexualidad homosexual ingresaría por el sólo hecho de la consagración y exteriorización matrimonial. La hipótesis expuesta importa una cuestión absolutamente ajena al derecho a la privacidad y, por ello, requeriría de otro tipo de debate. De todas maneras, no está demás destacar, que la exteriorización fáctica de la condición de homosexual de una determinada persona en nada afecta a la consideración social de su dignidad humana y al goce de sus derechos fundamentales o naturales y de los consagrados por el ordenamiento positivo. En nuestro medio, ver la contraposición de posturas en las causas *Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución IGJ s/ personas jurídicas*, Fallos: 314: 1544, del 22/11/ 1991, y *Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual c/IGJ*, Fallos: 329: 5266, del 21/11/2006.

especie, resulta tan trivial que no merece o justifica –ni por tanto permite- la atención por parte de los terceros.¹⁴¹ Por supuesto que lo dicho es aceptable sólo si tenemos una determinada concepción objetiva del bien y del mal –por ej., es bueno respetar la vida de los seres humanos (cualquiera sea su raza, nacionalidad, sexo, religión, ideología o desarrollo bio-psicológico), es malo no respetarla- esto es., si superamos la distorsión relativista del pensamiento “post-moderno”.¹⁴²

227. Ciertamente, como lo hemos visto en el numeral anterior, el pleno respeto de aquel “ámbito de íntima libertad” sólo puede ser garantizado por las autoridades en la medida en que no existan terceros involuntarios –u otros merecedores de una protección especial, como los menores- afectados por la actividad cumplida dentro del mismo.

228. Como lo reconoce la mayoría en *Roe*, el Estado puede invocar el encontrarse forzado por un *compelling interest*–v.gr., un interés inexcusable o sustancial o imperativo–¹⁴³ que lo lleve a intervenir en aquel ámbito garantizado, “*para proteger la salud* (la sentencia no aclara la salud de quién; podría tratarse tanto de la salud de la madre, como la del por-nacer o la salud pública), *en mantener adecuados estándares médicos y en proteger la vida potencial*”.¹⁴⁴

¹⁴¹ ARKES, Hadley (2004) *Natural Rights & the Right to Choose*, New York: Cambridge University Press, p. 167, señalando que con *Roe* se ha creado “un derecho privado a matar por razones totalmente privadas. Una persona puede ahora pretender matar a una segunda persona, un segundo ser, por razones que pueden no exceder de la mera conveniencia, y que, bajo tales condiciones, una tercera persona no puede ni debe objetar. Esta tercera persona, o el resto de la comunidad, no están habilitados para objetar, porque esto es ahora, tal como se nos dijo (en *Roe*), una cuestión de ‘privacidad’” (paréntesis agregado).

¹⁴² La idea de *Roe* de *privacy*, sostiene FFORDE, Matthew (2005) *Desocializzazione. La crisi della post-modernità*, Siena: Cantagalli, p. 138, es hoy referible al relativismo, el que “...se ha coligado a ella para desviarla, transformándola casi en otra ‘virtud’ relativista... (si bien originalmente provenía) de la tradición inglesa de dar la justa relevancia a este importante aspecto de la vida privada. Como dice el viejo proverbio: la casa de un inglés es su castillo. Pero ahora hemos ido mucho más allá de los límites de aquella idea tradicional. Hoy la idea de la ‘privacy’ es utilizada para evitar la crítica o el control ético moral y para reforzar teorías y comportamientos del individualismo relativístico” (paréntesis agregado).

¹⁴³ Ver BARRA, Rodolfo C. (1996) *La protección constitucional del derecho a la vida*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 94 y ss., con un estudio sumario acerca de la evolución de la doctrina del *compelling interest* en la Corte Suprema estadounidense.

¹⁴⁴ Aquí se trata indudablemente de la vida del por-nacer. Decir que la de éste es una “vida potencial” es un absurdo, ya que aquél, en cualquiera de sus estadios, tiene vida propia, y bien actual. Por eso su existencia comienza, se desarrolla en el tiempo, necesita alimentarse y otras salvaguardas que le provee la madre, y hasta puede morir, ya sea por razones naturales o artificiales, como en el caso del aborto provocado. Seguramente Blackmun quiso referirse a la potencialidad de la vida extrauterina, lo cual, se aplique o no a tal hipótesis la relación metafísica entre potencia y acto, es en sí misma una obviedad, ya que el por nacer

229. ¿Qué se entiende por “interés inexcusable” en la jurisprudencia federal estadounidense? Este estándar ha sido utilizado en los casos en los que la norma gubernamental o estatal es cuestionada por afectar, de una manera profunda, la sustancia o la posibilidad del ejercicio de un derecho constitucional. En estos casos, la revisión judicial de la norma será de “estricto escrutinio,” y la norma en cuestión será inconstitucional a menos que resulte necesaria, y en la medida adecuada, para la protección o satisfacción de un *compelling state interest*.¹⁴⁵ El tribunal deberá, entonces, investigar no sólo acerca de los medios utilizados por la norma, sino también sobre sus propósitos. Así sopesará intereses, en una suerte de análisis de costo-beneficio de la legislación en cuestión: en qué beneficia a los intereses que el Gobierno debe o puede válidamente perseguir y cuál es el costo que, en valor de derecho individual, debe ser pagado por ello. El tribunal, entonces, se preguntará acerca del sacrificio del derecho, acerca del interés en juego y llegará a la pregunta definitiva: ¿se justifica ese concreto sacrificio en aras de ese concreto interés? También se preguntará si no existe, en el caso concreto, una opción normativa más razonable, menos “costosa en valor derecho”, para satisfacer el interés inexcusable gubernamental. En caso de duda, la balanza se inclinará por la protección del derecho amenazado.¹⁴⁶

230. Por cierto, el principal interés estatal inexcusable o sustancial en limitar el aborto a casos excepcionales debería ser la protección de la vida del por nacer, lo que hubiese sido muy simple de sostener en *Roe*. Ello, siempre que la Corte hubiese también admitido que debían balancearse los derechos de la mujer con los derechos del niño por nacer: vida por vida; salud –p. ej., enfermedad grave irreversible, agravada por las circunstancias (necesidad de cuidado de otros hijos, etc.)- por vida; plan de vida (profesión, etc.) por vida; posibilidades económicas por vida; bienestar económico por vida, etc. Entre estas y otras no menos dramáticas encrucijadas, debe ser decidida la opción estatal acerca de cuál de esos derechos o intereses¹⁴⁷ requiere de su protección, de una manera

está destinado naturalmente a continuar su desarrollo biológico, a continuar su vida, fuera del cuerpo materno. Es como si dijésemos que un individuo de un año de edad tiene la potencialidad de alcanzar los dos años.

¹⁴⁵ KARST, Kenneth (1986) voz “compelling interest”, en *Encyclopaedia of the American Constitution*, New York: Macmillan, vol. I, p. 337. Recuerda el autor que la expresión fue utilizada por primera vez por el legendario Justice Felix Frankfurter en *Sweezy vs. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957).

¹⁴⁶ En BARRA, Rodolfo C. (1996) *La protección constitucional del derecho a la vida*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 95, nos referimos a distintos fallos de la Corte Suprema estadounidense sobre la cuestión del *compelling interest*.

¹⁴⁷ No es este el lugar para discutir el matiz que diferencia estos términos.

inexcusable, ya sea para restringir los derechos de la mujer o restringir los derechos del por nacer.

231. Claro que en aquel último caso –el del niño por nacer- la restricción tendrá un efecto inevitablemente absoluto y definitivo, es decir, más que una restricción será una supresión o extinción, como también lo sería el caso en que la opción desfavorable recaiga sobre la vida de la madre, hipótesis en la que podría ser plausible una opción estatal a favor de la madre, en tanto ella es un sujeto con relaciones sociales (afectivas, científicas, profesionales, educativas, políticas, etc.) ya actuales.

232. Para llegar a las conclusiones anteriores, Roe debería haber aceptado la subjetividad del por nacer, ya que el balance de derechos sólo puede hacerse con relación a los sujetos titulares de los mismos. Si lo que deberíamos contraponer a un derecho subjetivo –el sentido de un derecho que puede ser hecho valer por una persona- no es el derecho de otro sujeto sino simplemente una realidad objetiva (el interés público), aunque muy digna de respeto y protección, como no podemos comparar sujetos con objetos, debemos poner en el platillo a otro sujeto, ya no titular de un derecho sino de un interés-obligación sobre tal realidad objetiva. En la cuestión del aborto, una vez excluida la consideración del sujeto natural para contraponer al “platillo” de la madre -esto es, el por nacer- queda el Estado, pero ello sólo en razón de su interés inexcusable –e indiscutible- en proteger esa realidad objetiva tan trascendente.

233. Así, entonces, el peso del platillo contrario al de la mujer se aligera enormemente. En estos casos, donde se encuentra en juego un derecho protegido por la Constitución de una manera tan intensa¹⁴⁸ -como es el derecho a la privacidad- el platillo correspondiente al derecho del individuo (en la especie, el de la madre) pesará más, siquiera como principio general. Pero si en el platillo contrapuesto a este último pudiésemos poner otro derecho subjetivo personal, por lo menos tan protegido por la Enmienda XIV¹⁴⁹ como el primero, la solución debería ser diferente, salvo en la hipótesis de la contraposición “vida por vida”.

234. El argumento anterior no podía, por supuesto, escapárseles ni al apelante ni al *Justice Blackmun*. El primero sostuvo que “*el feto es ‘persona’ dentro del lenguaje y sentido de la Enmienda XIV*”, pero para la mayoría del Tribunal el

¹⁴⁸ Cuestión que es negada por la minoría disidente en *Roe*, como veremos luego.

¹⁴⁹ Enmienda XIV, Sección 1: “...ningún Estado privará a persona alguna de la vida...sin el debido proceso legal...”

término “persona” utilizado en esa norma constitucional “*no incluye al no nacido.*”¹⁵⁰

235. Independientemente de la cuestión técnico-jurídica de la personalidad, existe el gran tema de la vida humana del por-nacer. A pesar de que esta es la cuestión esencial en orden al tratamiento de las causas sobre aborto, Blackmun le da una respuesta que podemos considerar como, por lo menos, sorprendente: “Nosotros –dice en la p. 159- *no necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo se inicia la vida humana*”. Pero ¿qué otra cosa más importante se debe resolver en el tema del aborto? ¿No han advertido los integrantes de la mayoría en *Roe* que podrían estar autorizando matar a seres humanos? ¿No deberían siquiera haber reflexionado sobre esto?

236. Sin duda que el problema de la naturaleza de (digámoslo provisionalmente) la vida intrauterina es una cuestión más que difícil, pero no hay manera de evitar darle respuesta. En la propia lógica de Blackmun, como lo muestra el desarrollo argumental que hace en la nota al pie 54 de *Roe*¹⁵¹, si el por-nacer estuviese dotado de vida humana, con lo cual sería un ser humano, su extinción provocada sería una suerte de asesinato que –salvo circunstancias excepcionalísimas- ni un individuo con un elemental sentido moral podría cometer, ni un ordenamiento jurídico civilizado podría admitir.¹⁵² Pero si allí no hay vida humana, sino solo una “vida en potencia”, como lo sostiene *Roe*, lo único que resta por valorar es en qué condiciones el ordenamiento –i.e., el interés de los estados- puede y debe protegerla, sin afectar de una manera sustancial –o afectándolo de la manera más limitada posible- el derecho de la mujer a

¹⁵⁰ Blackmun advierte con agudeza la totalidad de las implicancias que provendrían de considerar que el por-nacer es *persona*, esto es, *sujeto de derecho*. Así, en la nota 54 de *Roe* destaca las inconsecuencias en que incurren las legislaciones estatales que admiten el aborto en ciertos supuestos –salud, violación- que no son comparables con el derecho de una persona a la propia vida, conforme con la Enmienda XIV.

Este tipo de incongruencias las notamos también en nuestro ordenamiento, donde no cabe duda que al por-nacer se lo considera persona (conf., art. 4.1, CADH; art. 1º, CDN; art. 75, incs. 22 y 23, Const. Nac.): nada justifica, entonces, que el aborto no sea punible en el caso de violación de una mujer idiota o demente (ver art. 86, inc. 2º, Código Penal); es que la vida de la persona por-nacer nada tiene que ver con el castigo del delito cometido por su padre, ni con la reparación del agravio incommensurable sufrido por su madre, ni con la salud psíquica de ésta. Parecería que la norma penal mencionada tiene una indudable inspiración eugenésica.

¹⁵¹ Ver nota al pie 150.

¹⁵² En definitiva, la humanidad y la personalidad se confunden, de manera que, como vimos, si hay vida humana en el por-nacer, este debe ser puesto en el otro platillo de la balanza, para ser sopesado con el derecho (¿a la salud?, ¿a la privacidad? ¿al plan de vida?) de la mujer.

“deshacerse” de ese, digamos, “objeto,”¹⁵³ el cual, seguramente contra su voluntad, porta en su seno.

237. Contemplando el problema desde la perspectiva estadual, la mayoría en *Roe* distingue dos determinantes intereses de los estados: uno es el de preservar la salud de la mujer embarazada y “otro importante y legítimo interés (consiste) en proteger la potencialidad de la vida humana.”¹⁵⁴ Los dos intereses “crecen en sustancia a medida en que la mujer se acerca al término, y, en un determinado momento de la gravidez, los dos se convierten en determinantes.”¹⁵⁵

238. Quizás en el párrafo anterior se encuentre resumida la lógica del razonamiento de Blackmun, y su proyección sobre los fallos posteriores relativos a la cuestión del aborto. La “salud de la madre” no es considerada sólo desde la perspectiva del derecho de la mujer, sino como un interés estatal de protección que crece en fuerza a medida que avanza el embarazo. Por eso, al inicio de la gravidez, el interés del Estado en la protección de la salud de la madre es muy débil, casi inexistente (salvo las políticas generales de salud pública) como también lo es tan o más débil el interés de la protección de la potencialidad de vida humana que, siempre según la Corte, existe en el embrión. Aquí, en esta etapa inicial, sólo cuenta el derecho de la madre a su salud (poco amenazada y por tanto ajena a una protección especial por el Estado) derecho que le corresponde a ella, asistida o aconsejada por un médico en la privacidad del consultorio, medir, valorar o, sobre él, disponer. Es un derecho que carece de una contraparte concreta; es de exigibilidad general, como el de acceder a la propiedad –supuesta la legítima transmisión, como en nuestro caso suponemos la debida intervención del médico- que puede ser esgrimido ante cualquiera que, por acción u omisión, pretenda restringirlo, incluido principalmente, el poder público. El embrión no cuenta para nada, ni siquiera puede, todavía, “pesar” como “objeto” de protección estatal.¹⁵⁶

¹⁵³ Aún cuando se trate de un “objeto” muy valioso, digno de una protección especial, pero no absoluta, por parte del ordenamiento, de una manera análoga a la que el mismo ordenamiento, aunque con mucha mayor intensidad, protege de la extinción a, digamos, la especie de los ornitorrincos, o de la destrucción a una obra de arte. El ejemplo dista de ser arbitrario, por el contrario, se encuentra precisamente en la médula del razonamiento de DWORKIN, Ronald (1993) *Life's dominion, an argument about abortion, eutanasia and individual freedom*, New York: Knopf.

¹⁵⁴ Sobre la tan importante cuestión de la potencialidad volveremos más adelante.

¹⁵⁵ Pp. 162-163.

¹⁵⁶ Distinto es el caso de los embriones producidos con ayuda de medios artificiales y luego congelados. Estos, en muchas legislaciones, cuentan con algún tipo de protección estatal, para evitar su manipulación, la alteración genética, o el tratamiento como mero objeto de investigación científica, etc.; en algún caso hasta se llega a prohibir su destrucción, al menos por un tiempo muy prolongado. Es curioso que la protección del embrión fuera del seno de

239. A partir de un determinado momento durante el embarazo, surge el *compelling point*, el “punto de fuerza” en el interés estatal de proteger la salud de la mujer embarazada. La sentencia considera¹⁵⁷ que esto ocurre aproximadamente al final del primer trimestre, ya que es un hecho médicamente comprobado que *“hasta el final del primer trimestre la mortalidad (materna) por causa de aborto puede ser menor que la mortalidad (materna) en partos normales”*.

240. Notemos que en aquel razonamiento no hay lugar para considerar la situación del embrión, quien ya hacia el final del primer trimestre comienza a adquirir el aspecto que el de un niño ya nacido. Como durante aquel período la mortalidad materna por aborto es muy baja, el Estado nada debe hacer aquí, salvo proteger que la decisión de la madre y su médico –la decisión de llevar adelante el aborto- pueda cumplirse en las condiciones de privacidad queridas por la interesada –y en las condiciones regulares exigidas para cualquier práctica médica- y sin que ello se vea limitado por “cargas indebidas”, como lo aclaró *Casey*, según veremos *infra*. Por tanto, antes del “punto de fuerza” ya indicado, *“...el profesional actuante, en consulta con su paciente, es libre de determinar, sin regulación por parte del Estado, que, en su juicio médico, el embarazo de su paciente debería ser terminado. Si se llega a tal decisión, el juicio (profesional) debe ser llevado a cabo libre de interferencia por parte del Estado.”*¹⁵⁸ Más abajo veremos la manera en que la misma Corte precisó lo exigible en aquella valoración profesional, cuya principal característica es el secreto.

241. De la lectura conjunta de *Roe* y *Doe*¹⁵⁹ resulta que la justificación del aborto en la necesidad de proteger la vida o la salud de la madre, que podría encontrarse supuesta en *Roe*, desapareció, durante el primer trimestre, para convertirse en una decisión voluntaria, soberana y discrecional de la madre y de su médico, en definitiva de cualquier médico que aceptase llevar adelante el

la madre y congelado en una probeta, genere un mayor interés –ciertamente un *compelling interest*- en las autoridades, que el embrión generado “sólo” con la “ayuda” –normalmente amorosa- de un hombre y una mujer, y residente en el interior de su madre. Mientras que al primero, apenas concebido, se lo debe tratar con una consideración muy especial –a pesar, es cierto, que se admite su congelamiento- al otro se lo puede destruir, o provocar su destrucción, con un simple producto químico –por ejemplo, la “píldora del día después”- sin que las autoridades quieran hacer nada para impedirlo o, a menudo, hasta lo promuevan, como ocurre en nuestro país con el consumo de aquella famosa “píldora”.

¹⁵⁷ P. 163.

¹⁵⁸ P. 163.

¹⁵⁹ *Doe vs. Bolton*, 410 U.S. 179, fallado junto con *Roe* el 22 de enero de 1973. La necesidad de tal lectura conjunta, de manera que ambos forman un *holding* único, fue especialmente recomendada por el mismo Blackmun en su opinión líder en *Roe*.

aborto¹⁶⁰, esto es, sin que sea para nada exigible la existencia de alguna necesidad basada en la protección de la salud o la vida de la mujer.

242. Recordemos lo discutido en *Doe*. Se trató de un planteo de inconstitucionalidad de una ley estadual que prohibía el aborto a menos que este fuese recomendado y practicado por un médico debidamente licenciado en el Estado, de considerarlo necesario -“de acuerdo con su mejor criterio clínico”, exigía la ley- siempre que la continuación del embarazo pudiera poner en peligro la vida de la madre o dañar su salud, o en la hipótesis en que fuese razonable pensar que el niño nacería con serios defectos, o que la concepción fuese producto de una violación.¹⁶¹

243. No sólo aquellas razones debían ser verificadas por un profesional de la medicina, sino que también debía seguirse un procedimiento que exigía: 1) que el aborto se practicase en un hospital acreditado por una Comisión de Acreditación Hospitalaria; 2) que el procedimiento abortivo fuese aprobado por un comité sobre abortos, integrado por médicos del hospital acreditado; 3) que el juicio del médico que había admitido y aconsejado la práctica del aborto en el caso, fuese confirmado por otros dos médicos independientes.

244. Salvo el requisito de la intervención de un médico licenciado, ya fijado en *Roe*, las otras tres exigencias, fueron declaradas inconstitucionales por *Doe* por ser indebidamente restrictivas de los derechos del paciente.

245. Quedó así verificado, como luego lo confirmaron 30 años de práctica, el pronóstico asentado por el entonces *Associate Justice* Rehnquist, en el mismo inicio de su disidencia en *Roe*: “*La opinión (mayoritaria) de la Corte decide que un Estado virtualmente no puede imponer ningún tipo de restricción sobre la práctica de abortos durante el primer trimestre del embarazo*”. Quedó también así afirmado el aborto por “pleno arbitrio”, el aborto “a voluntad”, “a la carta”,

¹⁶⁰ Ello, claro está, si la mujer no opta por ingerir la “píldora del día después” lo que, en ciertos ordenamientos podría hacer hasta sin necesidad de prescripción médica. Es cierto que los defensores de este fármaco sostienen que el mismo no es un producto abortivo ya que su efecto no va más allá de impedir la anidación del embrión, al que llaman “pre-embrión”. Pero este “pre-embrión”, ¿es un ser vivo?, ¿Cuál es su naturaleza? ¿es un ser vivo perteneciente a la especie humana? ¿es un ser humano? Nadie podría negar seriamente que el mencionado “pre-embrión” es, como el embrión y el feto durante toda su evolución un ser de identidad biológica diferente a la de la madre. Volveremos sobre esta cuestión luego en el numeral VII.

¹⁶¹ En realidad, la ley era abortista, y también por razones eugenésicas. Como se ve, permitía el aborto en circunstancias muy amplias: las que suelen declarar, de la boca para fuera, los sostenedores del aborto para defender el ejercicio de esta “práctica”. Pero, como lo vemos en el texto, el problema es que se trataba de requisitos (al menos los dos primeros) que debían ser *médicamente acreditados*: la ley estadual cuestionada en *Doe* no admitía el aborto a *pleno arbitrio* de la madre.

por la razón que la mujer considerase beneficiosa para su “salud” –p. ej., evitar el estrés, los vómitos e indisposiciones iniciales, quizás la necesidad de reposo, la conveniencia de un viaje de distracción, etc.- o mejor, conveniente para “su plan de vida”, en la medida en que el médico, dedicado a la práctica abortiva, decidiese realizar la “intervención”, lo que iba a ocurrir, y sigue ocurriendo, en la gran mayoría de los casos.

246. Volvamos a los trimestres y al *compelling point*. A partir de aquel “punto de fuerza” o “punto de inflexión”, que coincide con el inicio del segundo trimestre, el Estado posee un legítimo y sustancial interés en proteger la salud de la madre! No tiene un interés sustancial en proteger la vida del feto, que durante este nuevo período crece notablemente y cada vez más va mostrando la forma de un pequeño niño,¹⁶² junto con el desarrollo de los órganos propios de todo humano. Pero todavía se lo hace carecer de derecho alguno –especialmente carece del derecho a sobrevivir y a nacer- a la vez que se le desconoce al Estado la titularidad de un interés suficientemente fuerte, determinante, inexcusable, en proteger su vida, salvo, bajo *Carhat-2*, en el caso en que se lo someta al método abortivo D&X. Advertamos desde ya que, de *Carhart-2* en adelante, el Estado lo protegerá de morir por medio de un determinado y muy cruel procedimiento abortivo, pero no de morir por causa de otro determinado y muy cruel, aunque distinto del anterior, método, limitación que, sin embargo, no deja de representar un avance.

247. Durante este segundo período -que va del cuarto al sexto mes inclusive de gestación- el Estado puede regular el “procedimiento” abortivo, pero sólo en la medida razonable que se corresponda con la necesidad –sólo en este punto radica el “interés inexcusable estatal”- de preservar y proteger la salud de la madre. Así el Estado podrá regular lo que se refiera a los requisitos que puedan serle exigidos al profesional, el tipo de instalación en la que el aborto pueda ser practicado o, se nos ocurre, la “junta médica” exigida por la ley estadual, declarada inconstitucional en *Doe* por no dejar a salvo de esta regulación a los “procedimientos” seguidos durante el primer trimestre.

248. Por último, con el inicio del tercer trimestre se produce un nuevo punto de inflexión: la “viabilidad” del feto. El feto es viable cuando “*presumiblemente es capaz de seguir de una vida razonable fuera del vientre de la madre*”, define *Roe*. “*Si el Estado se considera interesado –continúa la sentencia en el mismo lugar, sugiriendo también que el Estado podría, válidamente, no tener tal*

¹⁶² Cuando la ecografía hecha en, por ejemplo, el quinto mes acierta con dar con la cara del feto, y a este se lo deja nacer, se puede advertir en la cara fotografiada del no nacido y, luego, del nacido, la presencia de las mismas facciones, la indiscutible identidad personal. Recordemos, por otra parte, que el período embrionario finaliza con la octava semana, mientras que en la siguiente comienza el denominado período fetal. Ciertamente a partir de aquí el por nacer tiene una forma inconfundiblemente humana.

interés, hipótesis imposible si se reconociese la humanidad del por-nacer- en proteger la vida fetal después de la viabilidad, podría llegar tan lejos como para proscribir el aborto durante tal período, excepto cuando (el procedimiento) resultase necesario para proteger la vida o la salud de la madre”. Es decir que, aún durante el tercer trimestre, el aborto podría no ser prohibido, sino simplemente limitado, seguramente para, como en el segundo trimestre, hacer que la operación sea segura para la madre. Aún así, el Estado no podría prohibir el aborto si este fuese necesario para preservar la vida o la salud de la madre, una hipótesis bastante improbable a tal altura de la gestación, y que, normalmente, podrá ser debidamente neutralizada con el nacimiento prematuro, y, por definición, viable, del niño.¹⁶³

249. Así, siete prominentes hombres, integrantes del Tribunal de justicia más prestigioso de nuestra era,¹⁶⁴ parte del gobierno y del sistema quizás más

¹⁶³ Si la madre no quisiese conservar a su hijo, este podría ser atendido y cuidado por el Estado, para ser luego dado en adopción. Podría sostenerse que el nacimiento del niño, el saber que el hijo está vivo pero que ella (la madre) no está en condiciones de tenerlo consigo, podría también generar un grave daño en la salud psíquica de la mujer. Ciertamente esta persona estaría psíquicamente enferma, pero probablemente con independencia del embarazo, del parto y del bebé, aunque estos “eventos” actuaran como desencadenantes. No parece razonable que esto justifique la muerte de un niño ya formado y viable, para utilizar la expresión del Tribunal norteamericano (pensamos que prácticamente en ningún caso tal justificación sería aceptable), todo esto sin perjuicio de que dar un niño en adopción, por sí mismo, no debería ser dañoso para la madre. Debemos revalorizar el valor social y humano del instituto de la adopción.

¹⁶⁴ El fallo fue de siete votos por la mayoría, con opiniones concurrentes y dos por la minoría. Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se encuentra formada, desde hace aproximadamente 150 años, por nueve miembros, el mismo número que en nuestro medio parece haber generado una aversión digna de esotéricos estudiosos de la “cábala”. La Constitución norteamericana de 1787 dejó en manos del Congreso la fijación del número de jueces de la Corte Suprema, según resulta del art. III, Sección primera, con una redacción que nuestro constituyente de 1860 prácticamente tradujo en el viejo art. 94, actual 108, Const. Nac. El número de integrantes de la Corte estadounidense no fue pacíficamente invariable en la historia de ese Tribunal. Tal composición fue materia de disputas políticas, que condujeron al Congreso a fijar en seis el primer Tribunal, desde 1789 hasta 1801 (siempre sumando al *Chief Justice* o Presidente, con los restantes miembros, los *associate justices*, entonces, p. ej., un Presidente y cinco asociados). En 1801 se redujo a un total de cinco, para subir a un total de siete en 1807, luego a nueve en 1837, para aumentar a un total de 10 en 1863 y ser reducido nuevamente a siete en 1866. En 1869 el Congreso fijó el número total de nueve jueces, un Presidente y ocho asociados, que es la integración que llega a nuestros días.

Nuestro constituyente de 1853 diseñó un sistema de Gobierno, y dentro de él, de Poder Judicial, siguiendo muy ceñidamente el modelo norteamericano, en muchos casos haciendo una muy buena traducción del inglés al castellano. Pero al redactar el art. 91 de la Constitución de 1853, que rigió hasta la reforma de 1860, seguramente tuvo en cuenta dos cuestiones que buscó resolver aprovechando de la experiencia norteamericana que evidentemente conocía a la perfección: primero, la inconveniencia de dejar en manos del Congreso el número de integrantes del Tribunal, con la falta de estabilidad que eso supone en desmedro de un principio muy preciado para un tribunal de justicia, precisamente la estabilidad; segundo, que la Corte estadounidense estaba formada, desde hacía 16 años, por nueve miembros, y que así funcionaba bien. Por eso el cit. art. 91, Constitución de 1853, fijó la integración de la Corte en “*nueve jueces y dos fiscales...*” Esta Corte nunca llegó a constituirse en la práctica, seguramente porque la República continuó en un estado de

comprometido con la democracia y la defensa de los derechos humanos, abrían la puerta a un escandaloso promedio de 1.500.000 abortos anuales en Estados Unidos desde 1973 a la fecha, en número creciente, y de los cuales el 20% -es decir, nada menos que 300.000 por año- ocurren a partir del quinto mes de embarazo, siempre según los datos aportados en el *Carhart-2*. Hoy nos hallamos, ya frente a, aproximadamente, 50 millones de abortos desde *Roe*, de los cuales – además, y para mostrar el lado más crudo de estas cifras- 10 millones se habrían cometido (o, para el “neolenguaje”, “practicado”) sobre niños dotados de órganos y forma iguales a los nuestros, y “viables”, según los mismos términos de *Roe*. Como el mal, de tanto repetirse, “felizmente” (en realidad, infelizmente) se convierte en una suerte de rito banal, podemos decir todo esto sin llorar, vomitar o reaccionar con un ataque de violencia ciega contra todos los culpables de un ejercicio del mal tan pero tan cuidadosamente llevado a cabo.

250. *Casey*¹⁶⁵ fue el caso donde más cerca estuvo la Corte Suprema de revertir *Roe*. Recordemos que en otras ocasiones de su historia el Tribunal había, sanamente, revertido otras decisiones ominosas.¹⁶⁶

251. En este caso se impugnaba la constitucionalidad de la *Pennsylvania Abortion Control Act*, de 1982 y por tanto posterior a *Roe*, ley que exigía el cumplimiento de cinco requisitos para admitir la práctica abortiva, incluso durante el primer trimestre de gestación. Tales requisitos eran: 1) el “consentimiento informado” de la mujer, esto es la obligación de brindarle, con una anticipación de por lo menos 24 horas antes de la “operación”, ciertos conocimientos acerca del proceso de gestación del niño, las consecuencias del aborto, etc.; 2) el “consentimiento informado” de uno de los padres de la mujer, en caso de que ésta fuese menor de edad; 3) la notificación al cónyuge, si la mujer

guerra civil que terminó con la reforma constitucional de 1860. Aquí se reformó la norma anterior, para seguir, ahora sí de manera total, el modelo estadounidense, aquél de la remisión al Congreso. Nuestro Congreso fijó inicialmente el número del Tribunal en cinco miembros, número al que se volvió mediante la ley 26.183. Pero el número de cinco no es ni milagroso, ni tampoco el más conveniente, aunque satisfaga nuestras versiones provincianas de “lo políticamente correcto”.

Seguramente JAURETCHE agregaría el mito de la “Corte de cinco miembros” al listado de su JAURETCHE, Arturo (1968) *Manual de zoncercas argentinas*, Buenos Aires: A. Peña Lillo. Disponible en: <http://www.labaldrich.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/Manual-de-Zoncercas-Argentinas-Arturo-Jauretche.pdf> (último acceso: 22/11/2020)

¹⁶⁵ *Planned Parenthood of Southeastern PA vs. Casey, Governor of Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁶⁶ Si bien simplificando, ya que tanto mayoría como disidencia contienen entrecruzadas concurrencias internas, podemos decir que la composición del fallo fue cinco a favor de la supervivencia de *Roe* contra cuatro disidencias. Por la mayoría estuvieron O'Connor, Kennedy, Souter, Blackmun y Stevens; por la minoría, Rehnquist, Scalia, Thomas y White.

fuese casada; 4) las características que debería reunir una eventual circunstancia de “emergencia médica”, verificadas las cuales se debía excusar el cumplimiento de los requisitos anteriores; 5) los requerimientos a ser cumplidos por las instalaciones donde se “proveen los servicios abortivos”.

252. En *Casey*, la Corte admitió la constitucionalidad del requisito del “consentimiento informado” en la madre y en los padres de la mujer menor de edad; también con respecto a las condiciones que debería reunir la situación de “emergencia médica” y a los requerimientos a cumplir por las instalaciones abortivas, siempre y en todos los casos en que, en la práctica, tales requisitos no significasen el colocar una “carga indebida” o “excesiva” sobre el derecho de la mujer a practicar un aborto, según este derecho había sido reconocido en *Roe*, el que, como tal, resultó confirmado. En cambio, fue declarado inconstitucional, por constituir, precisamente, una “carga indebida”, el requisito de la notificación al marido y padre del niño.¹⁶⁷

253. Como ya lo señaláramos, *Roe* fue expresamente ratificado por *Casey*, aunque con una importante diferencia al modificar la doctrina de los tres trimestres por la doctrina de la viabilidad del feto o “por-nacer”.¹⁶⁸ Así *Casey*

¹⁶⁷ Esta conclusión es sorprendente, aún admitiendo la constitucionalidad del aborto. El padre del niño es coautor de su concepción, allí está su “sangre”, su herencia genética. Él también tiene derecho a la paternidad. Para la Corte, la intervención paterna podría significar que un importante número de mujeres se viesen impedidas de obtener el aborto, con un efecto similar a si la ley lo prohibiese enteramente. Este argumento muestra que el Tribunal le dio un valor casi absoluto –con muy pocas excepciones– a la decisión de la madre, tanto como para dejar de lado la voluntad paterna. Además, dado que el requisito del consentimiento del padre del niño-víctima podía, de todas maneras, ser excusado en caso de emergencia médica, la decisión muestra la escasa importancia que, en realidad, la Corte le concedió, y le concede, al requisito de la protección de la vida o la salud de la madre, como justificativo del aborto: si el consentimiento paterno puede obstaculizar el aborto en una gran cantidad de casos, consentimiento que no debía ser requerido en el supuesto de “emergencia médica”, es porque en una gran cantidad de casos, tantos como para justificar la preocupación de la Corte, no se encontrará en peligro la salud de la mujer (en hipótesis de suficiente gravedad como para significar una “emergencia médica”) y por tanto tal condición será ajena a la decisión abortista de ella y a la política judicial acerca del aborto.

¹⁶⁸ *Casey* es crítico con respecto a la doctrina de los trimestres, a la que considera no sustancial con respecto al *holding* de *Roe*. En especial, *Casey* reconoce que aquella doctrina tuvo el efecto de limitar cualquier tipo de intervención estatal antes de la “viabilidad” del feto: “*Roe vs. Wade* fue expreso en su reconocimiento del importante y legítimo interés del Estado en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada y en proteger la potencialidad de la vida humana... El esquema trimestral, sin embargo, no satisface la premisa del mismo *Roe* en el sentido que el Estado tiene un interés en proteger la vida fetal o vida potencial. *Roe* se contradice al usar el esquema trimestral que lo lleva a prohibir cualquier regulación del aborto destinada a sostener aquel interés antes de la viabilidad... Antes de la viabilidad, *Roe* y los casos siguientes tratan a todo intento gubernamental tendiente a influenciar sobre la decisión de la mujer en beneficio de la vida potencial que se encuentra dentro de ella, como no protegido. Este trato es, en nuestro criterio, incompatible con el reconocimiento que existe un interés sustancial del Estado en (lo que respecta) a la vida potencial existente a través del embarazo” (pp. 875-876). Lo que expondremos en el texto

reafirma el “reconocimiento del derecho de la mujer a optar por un aborto antes de la viabilidad del feto y de poder practicarlo sin una indebida interferencia estatal, cuyos intereses en esa etapa anterior a la viabilidad no son suficientemente fuertes como para establecer una prohibición del aborto o la imposición de obstáculos sustanciales al ejercicio efectivo del derecho de la mujer a optar por aquel procedimiento”.

254. Por consiguiente –y es importante destacarlo- la Corte también confirmó “el poder del Estado de restringir el aborto después de la viabilidad, siempre que la ley contenga excepciones para los casos de embarazos que pongan en peligro la vida o la salud de la mujer,”¹⁶⁹ para finalmente ratificar este principio, sobre el cual volveremos: “...el Estado posee un interés legítimo desde el inicio del embarazo en proteger la salud de la madre y la vida del feto que podría llegar a ser un niño”.

255. La doctrina de la viabilidad -en sí misma errónea, como veremos- es, sin duda, más favorable que la doctrina de *Roe* de la estricta división en trimestres ya que amplía (o debería ampliar), el poder de restricción estatal sobre el aborto seguramente a partir del quinto mes, cuando con *Roe*, en cambio, tal interés estatal comenzaba a ser admitido como válido recién a partir del séptimo mes (inicio del tercer trimestre). No debemos dejar de considerar que aquellos dos meses de diferencia suponen, seguramente, la preservación anual de varios miles de vidas humanas.

256. Como ya lo hemos dicho, el concepto de “viabilidad” fue definido por el *Justice Blackmun* en *Roe* como la capacidad del feto, sin duda por su desarrollo, de vivir una vida razonable -o una vida con sentido, *a meaningful life*, reza el texto original- fuera del vientre de su madre.

257. Por cierto, es difícil precisar los límites mínimos de una vida razonable o plena de sentido.¹⁷⁰ En la generalidad de los casos, el prematuramente nacido

le hecha un poco más de luz a este párrafo que, fuera de su contexto integral nos llevaría a interpretar a *Casey* desde una óptica más fuertemente antiabortista.

¹⁶⁹ Nótese que no dice “prohibir”; hemos traducido de manera textual: “...a confirmation of the State’s power to restrict abortion after viability...”. Pero, de todas maneras, es posible y plausible interpretar que la restricción debería llegar a ser absoluta. Si el feto es “viable”, no habría razón que justificase el aborto, salvada la cuestión de la vida de la madre.

¹⁷⁰ Pensemos que, a pesar de sus graves condiciones de salud, Stephen Hawking fue uno de los principales científicos contemporáneos, y su vida tuvo muchísimo sentido a pesar de los impedimentos físicos que padeció. Una persona enferma de los pulmones, o con otros problemas de desarrollo –podrían ser, aunque no necesariamente, los principales riesgos de un parto tan prematuro- puede llevar una vida razonable y plena de sentido; por el contrario, alguien nacido en término, con o sin problemas de salud, puede sentir que su vida

puede llevar, en forma objetiva, una vida con sentido dentro de los parámetros normales. Lo importante es que, con el paso del tiempo y el desarrollo de la medicina, ello será así cada vez más, y quizás el quinto mes de gestación se convierta, a estos efectos, en tan seguro como el séptimo; también quizás, por qué no, se invente un medio artificial con los mismos efectos que el vientre materno, lo que podría, p. ej., posibilitar que el feto de cuatro meses continuara su desarrollo extrauterino sin mayores consecuencias.¹⁷¹

258. Sin embargo, también en punto de la “viabilidad”, *Casey*, aunque ratifica aquella línea divisoria entre la vida y la muerte, incorpora una importante modificación. La “viabilidad” no estaría definida por la posibilidad de vivir una vida “con sentido” fuera del vientre materno, sino, dice la *Justice O’Connor*, es el “*momento a partir del cual existe una realista posibilidad de mantener de manera sustentable una vida fuera de la madre*,”¹⁷² lo que adelantaría cada vez más el inicio de ese momento clave. Basta que la vida del niño nacido prematuramente pueda continuar, a partir de un determinado momento, por sí misma, es decir, sin estar ligada para siempre a medios artificiales, para que sea –interpretamos que este es el sentido de la sentencia– “sustentable”, aunque pudiese carecer de sentido al juicio, claro está, de quien hubiese podido decidir el aborto.

259. Pero no transformemos esta cuestión en una mera “banalidad” técnico-científica. El mismo concepto judicial de “viabilidad” es equivocado o engañoso, sino estrictamente, sí en su contexto.¹⁷³ El embrión, en el mismo momento de la concepción o fecundación, está destinado a ser “viable” porque está destinado a nacer y a vivir en el mundo. Esto será sólo una cuestión de tiempo, del normal desarrollo de su naturaleza, en condiciones adecuadas de salud, propia y materna. Lo que queremos decir es que todo ser vivo es “viable” en el sentido de

carece de sentido y llegar hasta la desesperación, como ocurre, precisamente con muchas mujeres que han pasado por la experiencia de un aborto.

¹⁷¹ En definitiva ese medio artificial sería, para el por-nacer, un ámbito más seguro que el vientre de la mujer que, de otra manera, optaría por el aborto.

¹⁷² El texto emplea el verbo “*tonourish*”, que significa tanto sostener mediante alimentos, o dar fuerza, o promover. Creo que el término “sustentable” se ajusta al sentido del texto original.

¹⁷³ Desde el punto de vista médico, el feto es viable a partir de la semana 22, ver MOORE, Keith (1992) *Embriología clínica*, México: Interamericana, cuarta edición, p. 5. Nuestra crítica se refiere al valor o incidencia que el Tribunal le otorga a la “viabilidad” a los efectos del aborto. Ampliar en BIANCHI, Alberto B. (1999) *En contra del aborto*, Buenos Aires: Ábaco, p. 105 y ss.

que es apto para vivir en el ambiente adecuado a su naturaleza, en cada momento de su desarrollo biológico.¹⁷⁴

260. Así, sostener que un feto de tres meses de gestación no es “viable”, tanto en el sentido de *Roe* como en el de *Casey*, es una idea engañosa, en tanto que efectivamente lo es en el seno materno, que es donde debe serlo, o en un ambiente igual si pudiera este ser construido fuera de aquel medio natural, como hemos imaginado más arriba. Pero lo más engañoso es quitarle la posibilidad de sobrevivir por no ser todavía “viable” fuera del vientre de la madre, aunque esté naturalmente destinado a serlo. Es que el aborto anterior a la “viabilidad” impide artificialmente, *contra natura*, que aquella “viabilidad” sea posible en el momento adecuado, de manera que ese concepto judicial de la “viabilidad” es una especie de petición de principio. Sólo podría ser aplicado, en todo caso, si se diera el caso de un embrión que, por razones naturales, no pudiera desarrollarse para llegar a tal viabilidad. Este no sería viable por definición, mientras que el embrión “normal”, sano, en condiciones también normales, es viable por definición, sólo que para que la viabilidad sea efectiva habrá que esperar un breve tiempo,¹⁷⁵ en ocasiones solo unos pocos días. Para que el por-nacer sea viable, en el sentido de *Casey* basta con dejarlo vivir.

261. Asimismo, la cuestión de la “viabilidad” tiene una calidad tanto circunstancial –en determinadas circunstancias será o no será viable– como substancial: el ser es en sí mismo viable en cuanto está naturalmente destinado a serlo. Pero cuando se razona sobre una cuestión tan grave como la supervivencia de un ser vivo, lo que debe primero interesar es lo substancial y no lo circunstancial. *Roe* y *Casey*, simplemente invirtieron los términos de la cuestión.

262. Por otra parte, ¿cuál es la diferencia substancial entre el momento anterior y el posterior a la viabilidad, aún dentro de la lógica de la Corte Suprema estadounidense? ¿Cuál es la diferencia substancial entre un pez en el mar, su medio natural, y un pez en tierra firme, donde sobrevivirá por poco tiempo? Siempre será un pez, a quien, si nos interesase su vida, simplemente tendríamos que asegurarle su medio naturalmente adecuado, siquiera en la artificialidad de una pecera. Pero no podríamos racionalmente decir que, estando todavía en el agua, no es un pez viable porque de ser quitado de allí morirá a los pocos minutos.

¹⁷⁴ Un recién nacido, p. ej., no puede sobrevivir por muchas horas sin la asistencia de terceros. Desde esta perspectiva el recién nacido no sería “viable”, en el mismo sentido en que lo es una persona de 20 o 30 años de edad. Recordemos que, a pesar de las circunstancias extremadamente desfavorables, los jóvenes uruguayos que sobrevivieron perdidos en los Andes, supieron arreglárselas para ser “viables”.

¹⁷⁵ Toda persona, en condiciones de salud y normalidad ambiental, es apta para llegar a los 80 años de edad, a menos que alguien le quite antes la vida.

No es viable fuera del agua, pero es que no se lo debe poner allí, a menos que se lo quiera matar.

263. La incoherencia de la doctrina de la “viabilidad” se advierte cuando, en el inicio del razonamiento, O’Connor se refiere al interés del Estado “*por la vida del no nacido.*”¹⁷⁶ Luego de definir la “viabilidad”, según ya lo vimos más arriba, la sentencia continúa diciendo que esa vida sustentable se caracteriza por su “existencia independiente”, por ser una “segunda vida”, siempre con respecto a la madre. Pero la “vida del no nacido”, siempre, desde el inicio del embarazo, es una “segunda vida”, en el sentido que distinta, en todo caso “agregada a” pero no “confundida con” la vida de la madre. No es “independiente”, pero esto, insistimos, no es una nota substancial sino circunstancial –no es independiente por el momento- lo substancial es que es una “segunda vida”, v.gr., “otra vida”; por tanto, se trata de la “vida de otro” desde el mismo momento de la concepción.

264. Podemos agregar que la del por-nacer no es una vida independiente ya que precisa del ámbito materno, y de la alimentación que también es provista por la madre, aunque estos son, como hemos visto, conceptos relativos, no absolutos: podría, algún día construirse artificialmente tal ambiente y medio de alimentación. Pero desde su concepción, el por-nacer goza de una vida autónoma, en cuanto que transcurre en su normal desarrollo biológico en virtud de su propia naturaleza, de sus propias leyes biológicas, y no las de la madre. ¿Acaso el recién nacido es independiente?

265. Lo cierto, sin embargo, es que, en la lógica de *Roe* y *Casey*, la misma “viabilidad” depende de la decisión de la madre, y este es un ejemplo de argumento circular que un tribunal de justicia debe tratar de evitar en los fundamentos de sus decisiones. El feto no es “viable” porque la decisión materna de abortar lo impide y la madre puede tomar tal decisión porque el feto, dada esa decisión, no será, no podrá serlo, “viable”. La “circularidad” del argumento puede también expresarse de la siguiente manera: obviamente si el feto es extraído, por ej., a los tres meses, no podrá sobrevivir, no será viable. Lo que ocurre es que tal extracción, en esas condiciones, es una práctica abortiva, un aborto provocado liso y llano. Por tanto, es el aborto el que provoca que el feto no sea viable. Es la decisión materna, que en un acto “nietzschiano”¹⁷⁷ decide acerca de la vida y de la muerte de su propio hijo.

¹⁷⁶ *Casey*, p. 870, primer párrafo del numeral IV.

¹⁷⁷ Tomamos el calificativo de ARKES, Hadley (2004) *Natural Rights & the Right to Choose*, New York: Cambridge University Press, p. p. 179, en un razonamiento crítico de la concepción de los denominados “derechos reproductivos”, que son predicados a favor de la madre pero son impedidos porque nunca llegará a gozarlos, en el niño. “Simplemente (dice el autor) la niña puede reclamar existir, en tanto que portadora de derechos, pero solo

266. Todo esto -volviendo a los dos *Carhart* y a los “banalmente” llamados métodos “D&E y “D&X- sin considerar el caso de niños de cinco meses de gestación o más, que son descuartizados, o son, luego de ya prácticamente nacidos, decapitados o descerebrados. No es necesario, ni de buen gusto, agregar más detalles sobre tales “procedimientos quirúrgicos destinados a la terminación anticipada del embarazo”.

L. Inequidad de género: sometimiento de la mujer a violencia, abandono y servidumbre. Daño a la política criminal.

267. Uno de los principales vicios de inconstitucionalidad del Protocolo es, como ya lo hemos visto, el de la irracionalidad, cuya causa es el desapego a la realidad. La mayoría de las mujeres viven la situación de un embarazo inesperado en un contexto de soledad, presiones, incluso de violencia. Es común la conminación al aborto por parte de la pareja -o del violador-, de la familia, del empleador etc., en muchos casos en un contexto de desamparo y de riesgo social. A lo que se suma una parte importante del sistema de salud, que promueve sistemáticamente la interrupción del embarazo, especialmente en las mujeres humildes, bajo apariencia de conveniencia para la salud, llegándose en ocasiones a una severa coerción psicológica. En definitiva, lejos de un empoderamiento de la mujer, el Protocolo cristaliza una situación de carencia de opciones y de libertad; en definitiva, de inequidad de género¹⁷⁸. El aborto realizado, no mejora la situación de carencia afectiva y material, sino que las profundiza. El Estado argentino así, no sólo no cumple el art. 75.23 de C.N., sino que promueve su violación.

268. En la experiencia común, así como en la profesional y en la literatura científica, se han atestiguado variadas consecuencias traumáticas para la mujer ocasionadas por el aborto, sobre todo de índole psicológica y espiritual. En este sentido, el aborto está lejos de ser “gratuito”, y al menos esta realidad -que no es advertida por aquella literatura que considera al aborto un medio de empoderamiento- debería imponer prudencia a las autoridades y en este caso, a V.S. en orden a hacer lugar a la presente acción contra este Protocolo que -transgrediendo el sistema de derecho nacional- insta en la praxis la obligación del Estado de practicar un aborto a “libre” demanda, sin parar mientes en las consecuencias traumáticas ni en los graves condicionamientos a la libertad expuestos en el número precedente.

cuando la madre decida de conferirle el privilegio de vivir. En otras palabras, la niña se convierte en una persona portadora de derechos solo cuando la madre, en un gran gesto “Nietzschiano” dice en efecto: ‘yo te permito vivir; yo te confiero dignidad y legitimidad.’” (para invocar derechos).

¹⁷⁸Cfr. Art 7.3 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por ley 25.390

269. el Protocolo admite la excusa penal por violación de la madre sin exigir que la víctima de la violación realice la denuncia penal correspondiente. La no persecución penal de la violación (especialmente la intrafamiliar) impide desarrollar políticas de represión criminal y de asistencia social, manteniendo la sumisión de la mujer a la violencia callejera y, sobre todo, al autoritarismo familiar masculino, expresado en abusos y violencia de distinto tipo, entre ellas la sexual.

270. Nótese que estas violencias intrafamiliares, de las cuales sueñen ser víctimas las menores, son cometidas por el padre o padrastro de la víctima, con quien conviven bajo un mismo techo. Esto hace que el delito sea practicado innumerable cantidad de veces, aprovechando la especial situación de sujeción de la víctima (puede en algunas ocasiones ser su misma esposa o conviviente, aun mayor de edad) manteniéndose impune y, entonces, con abierta potencialidad de repetición hasta que pueda intervenir una autoridad pública que lo evite en lo sucesivo y castigue con la pena debida al delincuente.

271. La política diseñada en el Protocolo permite que el abusador no tenga en cuenta la “dificultad” del embarazo: necesidad de mandar a la menor a una “comadrona” (y pagarla) con el riesgo de la muerte de la madre, o tener que soportar una boca más para alimentar. Con el Protocolo, si la víctima de la violación queda embarazada, basta enviarla al hospital más cercano para practicar el “aborto libre y seguro”, pagado por los contribuyentes y de práctica obligatoria por los médicos, quienes tampoco podrán presentar la denuncia penal. Después del aborto, continuar con las violaciones, y si nuevamente resulta el embarazo, pues, otra vez al hospital más cercano.

272. En cambio, si la víctima de la violación, decidida a abortar aun a su pesar y obligada por sus propias circunstancias, tuviese que denunciar el hecho, esto podría poner en funcionamiento la maquinaria estatal preventiva (asistente social) y represora (policía, proceso penal) que evitaría la continuación del delito, amén de servir de ejemplo también preventivo para otros violadores intrafamiliares del vecindario.¹⁷⁹

273. Es cierto que el delito de violación es de “instancia privada” –ya sería hora de eliminar este anacrónico y disfuncional instituto, al menos para el caso de la

¹⁷⁹ Claro que el violador podría recurrir, en la hipótesis, a la comadrona del barrio. Pero prevenir la existencia de comadronas es tarea de la policía, del comisario de la jurisdicción, siempre que tal tarea le sea exigida por sus superiores. Las medidas de protección de las dos vidas deben conformar un sistema. Esto es en bien de la mujer y en bien del concebido.

violación- pero no lo es cuando la víctima de la violación es menor de 18 años de edad.¹⁸⁰

274. Por la demás al declarar la víctima –en cualquier caso: violación extra o intrafamiliar; mujer mayor o menor- el hecho de la violación ante el personal correspondiente de un establecimiento público (p.ej., hospital) o que a estos efectos se encuentre cumpliendo con una obligación impuesta por una norma que le alcanza (Protocolo), sea tal declaración meramente verbal o escrita, ya ha realizado la “instancia” ante funcionario estatal o encomendado por el Estado (por ej., el médico) quien tiene el deber de denunciar el hecho ante las autoridades policiales, judiciales, o del Ministerio Público.

275. El Protocolo aquí cuestionado es, en su aplicación, también violatorio de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer¹⁸¹ ya que su efecto práctico es fomentar los abusos contra la mujer desamparada, ausentando al Estado de su debida protección.

276. En *Góngora*,¹⁸² la Corte Suprema consideró lo dispuesto en el art. 7º de la citada Convención, que obliga a los Estados a adoptar las siguientes medidas:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar

¹⁸⁰ Art.72, inc. 3º, ap. a), Código Penal.

¹⁸¹ Convención de Belem do Pará, OEA, Ley 24.632 (B.O. 9/4/1996).

¹⁸² *Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N° 14.092*, Fallos: 336: 392, de 23/4/2013.

prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”

277. En *Góngora*, la Corte Suprema consideró que permitir la suspensión del proceso a prueba frente a un ilícito que revela la existencia de violencia especialmente dirigida contra la mujer en razón de su condición, es inconveniente ya que desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del art. 31, inc. 1º, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁸³

278. La Corte Suprema también señaló, en *Góngora*, que:

“esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (cfr. el inciso f), del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente".

279. La *ratio* de *Góngora*, en aplicación de la Convención de Belem do Pará, fue muy bien interpretada en diversas construcciones jurídicas. Entre estas cabe citar al Ministerio Público Fiscal, CABA, Fiscalía de Cámara Norte, en autos *Franco Nelson, Javier s/ infr. Art. 149 bis CP*, dictamen del 21/1/2014:

“Ahora bien, la circunstancia de que la víctima no haya instado la acción por las lesiones sufridas no impide que las mismas sean investigadas de oficio por tratarse de un hecho de violencia contra la mujer enmarcado en la Convención de Belem do Pará. Concretamente, las obligaciones derivadas del citado

¹⁸³ "Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto fin".

instrumento de prevenir, investigar y sancionar este tipo de delitos exigen que la promoción de la acción penal resulte ex officio y no dependa de la voluntad de una víctima que, en la mayoría de los casos, resulta vulnerable.

*Particularmente, en las lesiones contra la mujer cometidas en el ámbito intrafamiliar o doméstico no puede desconocerse, como sucede en el presente, que en muchos de los casos que llegan a conocimiento de los tribunales, a través de los expedientes civiles o en presentaciones ante la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, las mujeres víctimas de este tipo de delitos no instan la acción penal contra el agresor con quien guardan un estrecho vínculo afectivo o familiar lo que, usualmente, las lleva a minimizar los hechos atendiendo a las características propias del denominado ciclo de violencia. Al respecto no puede perderse de vista que en estos casos 'la víctima se sitúa en una especial relación de vulnerabilidad, pueden existir lazos emocionales muy fuertes contra su agresor y; en no pocas ocasiones, una natural resistencia a hacer públicos los hechos acaecidos. A la hora de asumir los mecanismos de protección, se desenvuelven muchas veces de forma contradictoria respecto al estereotipado esquema que define las relaciones entre el agresor y la víctima.'*¹⁸⁴

Dicha circunstancia se verifica en el presente donde la Sra. Jiménez a pesar de poner en conocimiento de la justicia los hechos de que fue víctima manifestó que no era su deseo instar la acción contra su ex pareja y posteriormente se mostró evasiva para concurrir a declarar ante el equipo fiscal interviniente. Por otra parte, al momento de ser entrevistada en la OVD-CSJN hizo referencia a otras situaciones de violencia anterior y los profesionales determinaron que se encontraba una situación de alto riesgo, todo lo cual hace presumir que su decisión de no continuar con la denuncia obedece a esa situación de vulnerabilidad. Por todo lo expuesto, debe concluirse que en casos como el presente se verifica el interés público que contempla el art. 72, inc. 2 CP para proceder de oficio en el caso de las lesiones leves. Dicho interés viene dado por el compromiso asumido por el Estado Argentino de sancionar este tipo de hechos lo que se plasmó, por otro lado, en la sanción de la Ley 26.485."

280. En ese sentido, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo que:

"(t)enemos en cuenta el contexto en que se produjeron los hechos y que a pesar de su gravedad R. L. justifica el maltrato al que era sometida. En ese sentido debe investigarse si su versión respecto a la autoproducción del episodio es razonable y en todo caso si fue una acción libre, y de no ser así si estuvo determinada por el imputado, valoramos su eventual función de garante del bien jurídico afectado

¹⁸⁴ *Guías de Santiago sobre protección de Víctimas y Testigos*, documento aprobado en la XVI Asamblea Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), Punta Cana, República Dominicana, 9 y 10 de julio 2008, art. 8.1.

de la víctima. Por ello entendemos que se configura la excepción prevista en el inciso 2 del art. 72 del código sustantivo, pues en estos casos el Estado está obligado frente a las responsabilidades asumidas internacionalmente a darle cumplimiento a las garantías mínimas que establece el art. 16 de la ley n° 26.485 del 11 de marzo de 2009 de 'Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales,' que incluye el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia".¹⁸⁵

VIII. PRUEBA

DOCUMENTAL:

EN PODER DE LA CONTRAPARTE:

Se intime al MINISTERIO DE SALUD DE LA NACION a acompañar copia certificada de las estadísticas y de los informes médicos y jurídicos tenidos a la vista para dictar la Resolución impugnada y que obraren en los respectivos expedientes administrativos, con indicación de la foja y número de expediente y del nombre y cargo de los funcionario firmantes de los mismos.

INFORMATIVA:

Se libren los siguientes oficios:

- 1). A la Academia Nacional de Medicina, con domicilio en la calle de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que:
 - a) Remita copia de la totalidad de las declaraciones o pronunciamientos que haya efectuado relacionados con la temática del aborto provocado, inicio de la vida, objeción de conciencia y temas relacionados con ellos.
 - 1) Si existen contradicción entre las obligaciones derivadas del juramento hipocrático y el régimen del Protocolo aprobado por Resolución 1/2019 MSN impugnada en autos;
 - 2) cuáles son, según la literatura médica, las situaciones de salud durante el embarazo donde sea imposible salvar la vida de la madre sin necesidad de recurrir a la práctica del aborto;
 - 3) cuáles son los protocolos a seguir en tales casos;
 - 4) si es medicamento más adecuado y conforme al juramento tratar de salvar las vidas del por nacer y de su madre;

¹⁸⁵ CNACyC, Sala VI, causa n° 1601/12, "C.C.,O.H s/ falta de acción", rta.: 15/11/12.

- 5) cuál es la frecuencia de ocurrencia de dichos casos (aborto por razones de salud de la madre) y si esos casos son prevenibles médicamente con las medidas apropiadas;
- 6) qué medidas corresponde tomar en estos casos;
- 7) a partir de qué semana es posible la sobrevida del niño en caso de nacimiento prematuro;
- 8) si en los casos de riesgo para la vida de la madre, puede ser indicado el adelantamiento del parto, qué medidas se deben tomar para ello y en qué casos procede;
- 9) cuál ha sido la evolución de la ciencia médica desde 1921 hasta la fecha en la materia;
- 10) si la incapacidad mental es incompatible con el embarazo y el ejercicio de la maternidad;
- 11) si la incapacidad mental se transmite hereditariamente en forma necesaria al hijo por nacer.
- 12) Si la realización de un aborto intencional está exento de riesgos para la vida y salud de la mujer gestante.
- 13) Informe si puede producir secuelas posteriores en la mujer, detallando su naturaleza y probabilidad de curación
- 14) Si un aborto intencional es en general menos riesgoso que los embarazos en general.
- 15) Si un aborto intencional puede requerir en su realización o a consecuencia de sus complicaciones procedimientos invasivos.
- 16) Si entre los métodos de aborto intencional sobre embriones o fetos vivos, de acuerdo al Protocolo aprobado por la Resolución 1/2019 del MSN se encuentra el suministro de la droga misoprostol.
- 17) Indique si a la dosis recomendada del misoprostol para provocar esos abortos se pueden producir efectos o reacciones adversas que entrañen riesgo para la vida o la salud de la madre gestante.
- 18) Indique si entre esos riesgos se encuentran los de sangrados o hemorragias.
- 19) Indique si los antecedentes médicos del paciente pueden predisponer o favorecer las hemorragias. Informe en qué casos.
- 20) Indique si es de buena práctica médica realizar estudios consistentes en análisis clínicos y de laboratorio previos al suministro al paciente.
- 21) Indique si los sangrados o hemorragias pueden desencadenarse de modo repentino y/o imprevisto.
- 22) Informe las potenciales consecuencias de las hemorragias.

- 23) Indique si entre ellas se cuenta como posibilidad un shock hipovolémico. Explique en qué consiste el mismo y sus consecuencias para la salud.
- 24) Indique si un shock hipovolémico puede conducir a lesiones cerebrales de carácter permanente. Indique las consecuencias de estas lesiones. Indique si en tal circunstancia puede producirse la muerte de la mujer.
- 25) Indique si las consecuencias de los puntos 10 a 13 se agravan como producto del suministro de otros medicamentos. Indique si el consumo de aspirinas, ibuprofeno, diclofenac, u otros analgésicos y/o medicamentos agravan la posibilidad de sangrados hemorrágicos.
- 26) Indique si es de buena práctica médica que un sangrado hemorrágico sea atendido en un centro de internación hospitalario.
- 27) Indique si puede ser necesaria la realización de alguna práctica quirúrgica para la detención de la hemorragia y qué instrumental y personal requeriría tal práctica.
- 28) Indique si en caso de hemorragia pueden ser necesarias transfusiones.
- 29) Indique si en caso de hemorragia puede ser necesario el traslado a terapia intensiva.
- 30) Indique si aumentan los riesgos de daño a la salud o riesgo de vida del paciente por la demora en la atención de un sangrado hemorrágico.
- 31) Indique si un sangrado o hemorragia no atendido de inmediato podría prolongar el tiempo de internación de una paciente.
- 32) Indique cuales son los casos medicamente establecidos en los que el embarazo pone en riesgo la vida o salud de la madre y en los cuales el aborto resultaría un medio inevitable.
- 33) Indique si en alguno de esos casos es posible adelantar el parto para conjurar los peligros a la vida y salud de la madre.
- 34) Indique si es de buena praxis médica causar el menor daño posible.
- 35) Indique si fuera de los casos de violación, existen en casos de embarazos inesperados o no deseados, riesgos para la salud emocional o social, detallando los mismos.
- 36) Indique si esos riesgos para la madre gestante pueden evitarse por otros medios que el aborto, indicando cuales.
- 37) Indique a partir de qué semana del periodo de gestación late el corazón de los embriones.
- 38) Indique a partir de cuando comienza la movilidad de los embriones o fetos
- 39) Indique a partir de cuando comienza la sensibilidad de los embriones o fetos
- 40) Indique a partir de cuándo pueden padecer sufrimientos y dolor de los embriones o fetos

2) Al Ministerio de Salud de la Nación a fin de que remita las estadísticas oficiales de los últimos 10 años de fallecimientos de mujeres consideradas en edad fértil, y en especial las relacionadas con embarazos y abortos, discriminando en muertes totales y en los casos de abortos se informe cuantas corresponden a muertes por abortos provocados y cuantas a abortos espontáneos en todo el país.

3) Al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal para que informen la cantidad de condenados por delitos de abuso sexual con acceso carnal (violación) de mujeres en todo el país desde el año 2009.

TESTIMONIAL

Se cite a declarar como testigos a las siguientes personas:

1) Dr. Ernesto Beruti, Médico legista, Jefe del Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario Austral, Profesor Adjunto a cargo de Obstetricia, Profesor Adscripto de Obstetricia de la Universidad de Buenos Aires, con domicilio en Av Santa Fe 1877 Piso 1 de esta Ciudad.

2) Lic. Dolores Montiel, Licenciada en Trabajo Social, con domicilio en Misiones 495, Bella Vista, Provincia de Buenos Aires.

3) Dra. Patricia Cudeiro, Médica, DNI 12888760, domicilio Av. Las Heras 3231, piso 5to. depto. E, Capital Federal, médica, Presidente del Comité de ética en investigación del Hospital de Pediatría Pedro Elizalde.

4) Dr. Alejandro Molina, abogado, ex-Asesor de Menores de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con domicilio en Paraguay 946 3º "B" de esta Ciudad.

5) Gustavo Adolfo KINBAUM, DNI 17.910.600, médico psiquiatra MN 87804, con domicilio en Azcuénaga 1254, piso 6º 13, CABA12) Abel Pascual Albino, DNI 8.099.606, con domicilio en Rodríguez 1059, Tercero 8, (5500) Ciudad de Mendoza, Mendoza

6) Viviana Claudia MONETTI, DNI 13.147.875, médica anesestesióloga MN 60188, con domicilio en Av. Figueroa Alcorta 3602, piso 5º, CABA.

7) Daniela Flavia MONTANARI, DNI 20.433.191, médica especialista en genética humana y epidemiología, MP 5273 MN88707, con domicilio en Bº Priv. 15 La Pedrera casa 10, Av Perón 1200, Yerba Buena, Tucumán

8) Oscar Gustavo BRIONES, DNI 20.102.822, médico tocoginecólogo con especialidad en obstetricia, MP 2849, médico de planta del servicio de obstetricia del Hospital Héctor Quintana, con domicilio en Dinamarca 1091, barrio Ciudad Nueva, San Salvador de Jujuy, Pcia. de Jujuy.

9) Alejandro ELLIS, DNI 11.773.347, médico infectólogo infantil, MN 61075, Jefe del Servicio de Pediatría del Sanatorio Mater Dei, con domicilio en Junín 1384, PB, CABA.

10) Jorge Alberto MACIEL, DNI 26.684.700, médico especialista en Ginecología y Obstetricia, MP de Río Negro 5318 y Matrícula de Especialista en Ginecología y Obstetricia 1056, MP de Neuquén 6486 y Matrícula de Especialista en Tocoginecología 3549, con domicilio en Villegas 440, 5to Piso Dpto 3, Cipolletti, Pcia. de Río Negro.

11) Pablo María DELLATORRE, DNI 22.501.614, médico MN 99318, con domicilio en O'Higgins 1451, San Miguel, Pcia. de Bs. As.

12) Fernando P. SECIN, DNI 20.567.650, médico urólogo, MN 87402, con domicilio en Suipacha 1294, piso 7° B, CABA.

13) Ana María GARCÍA MARTIN DE PARINI, DNI 10.131.195, médica ginecóloga y obstetra, MN 46176, con domicilio en Av. García del Río 2539, piso 3°A, CABA

14) Gustavo GOLDSMORTHI, DNI 25.203.604, médico ginecólogo obstetra, Mat prof 26622, Matr especialista 11469, con domicilio en Moldes 3556, piso 1° A, CABA.

15) Norma Eugenia MENDES SIMOES, DNI 21.560.782, con domicilio en Paraná 426, P. 11 E, CABA

16) Carolina Antonina DELAFUENTE, Lic. en Psicología, Ctry. Talar del Lago 2, lote 342, Gral. Pacheco, Tigre, Pcia. De buenos Aires.

17) Carolina PRIETO SCHORR DE GHILARDI, abogada, domiciliada en Coronel Escalada 1200, Ba. Laguna del Sol, lote 539, Pcia. de Buenos Aires

18) Úrsula Cristina Basset, abogada, domiciliada en Av. Córdonba1156, 9no. C

19) Rabino Fernando Gustavo Szlajen, Bogotá 2422 5°A., CABA

En su caso, los testigos propuestos declararán por teleconferencia en razón de la distancia y/o restricciones a la circulación vigentes.

Dada la naturaleza del tema debatido y su importancia y trascendencia solicitamos, con base en la garantía de la defensa en juicio (art. 14 CN) se haga excepción a la limitación del número de testigos de conformidad al art. 430 del CPCCN.

De conformidad a lo establecido por el tercer párrafo del artículo 429 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que señala que "El interrogatorio podrá reservarse por las partes hasta la audiencia en que deban presentarse los testigos", esta parte acompañará oportunamente el pliego de preguntas correspondientes.

IX. CUESTIÓN FEDERAL

En atención a la naturaleza constitucional de los derechos lesionados, cuyas disposiciones han sido citadas en forma expresa a lo largo del presente, y del carácter de autoridad federal del autor del acto lesivo impugnado, según surge de

los hechos y los planteos efectuados en la demanda inicial y en esta presentación, dejo expresamente introducida la cuestión federal y la reserva de esta parte de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la vía prevista en el artículo 14 de la Ley 48.

X. PETITORIO

Por todo lo expuesto de VS. solicitamos:

1. Nos tenga por presentados, por parte y con el domicilio legal constituido
2. Tenga por iniciada formal demanda declarativa de inconstitucionalidad en los términos señalados en el Capítulo I de la presente.
3. Tenga por ofrecida la prueba y oportunamente ordene su producción
4. Ordene el traslado de la demanda por el término de ley.
5. Oportunamente haga lugar a la demanda declarando la inconstitucionalidad de la Resolución N°1/2019 del Ministerio demandado, de fecha 12-12-2020,¹⁸⁶ que aprueba el “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo”, declare que la existencia del ser humano comienza desde el momento de su concepción, que desde entonces es "niño" para nuestro ordenamiento jurídico constitucional y que por lo tanto tiene derecho intrínseco a la vida.

SERÁ JUSTICIA

¹⁸⁶ B.O. 13/12/2019.