

REPENSANDO F., A.L S/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA: ALGUNOS APORTES PARA EL DEBATE¹⁻²

RETHINKING F., A.L S/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA: SOME
CONTRIBUTIONS FOR DEBATE

Por *Consuelo Capdevila* (*)

Guillermo Funes (**)

Resumen: El presente trabajo propone un examen crítico de precedente *F., A.L s/medida autosatisfactiva* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallado el 13 de marzo de 2012. En primer lugar, se reproducirán tanto sus argumentos centrales, como aquel ideario que –entendemos- lo anima: el concepto de *dignidad como autonomía*. Seguidamente se llevará adelante la aludida tarea desde una doble perspectiva. La primera será de corte, principalmente, normológico y lo guiará, por un lado, el propósito de resaltar que la posición sustentada por el Máximo Tribunal merced a las normas que invoca, lejos se encuentra de conducir a una *única respuesta correcta*, y por otro, subrayar algunas consecuencias que esa tesitura implica necesariamente para la tutela judicial efectiva de las personas por nacer. En la segunda, se pondrá de relieve el profundo debate de *naturaleza semántico antropológico* que la discusión supone y que rara vez se explicita: la distinción entre *cosas y personas*.

Palabras clave: Dignidad y autonomía, respuesta correcta, tutela judicial efectiva, cosas y personas.

Abstract: The purpose of this paper is a critical examination of *F., A.L s/medida autosatisfactiva* sentenced by the argentinian supreme court of justice on march 13th, 2012. Central arguments will be reproduced in the first place and also the main ideology that motivates the judgment: *dignity as autonomy*. This task will be developed from a double perspective. The first one, mainly legal, guided by the purpose of underlining that the supreme courts position in the subject, does not indicate *only one posible correct answer*. The other one, underlining the consequences of effective judicial protection for

¹ Artículo recibido el 3 de agosto de 2020 y aprobado para su publicación el 14 de septiembre de 2020.

² Agradecemos a los Dres. Carlos Ferrer y Gustavo Rodríguez Fernández por las valiosas observaciones que hicieron a los borradores del presente trabajo.

(*) Abogada. Escribana. Especializanda en Derecho Penal Económico (UBP). Profesora de Derecho Penal II (UCC). Miembro -secretaria- del Instituto de Derecho Penal UCC. Funcionaria del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba

(**) Abogado. Notario. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Judicial (UCC). Especialista en Problemas de Prueba (Universidad de Castilla La Mancha, España). Profesor de Derecho Penal II (UCC), y ex profesor de Derecho Procesal Penal (UCC). Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Secretario de las Salas de Derecho Penal y Procesal Penal (UCC). Funcionario de la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Contacto: guillefu3@hotmail.com

the unborn. In this perspective we Will highlight the Deep and rarely discussed debate of the *semantic and anthropological nature* of distinguishing *objects from subjects*.

Keywords: Dignity and autonomy, correct answer, effective judicial protection, objects and subjects.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2020\(3\)08](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2020(3)08)

“Sólo el valor del hombre "en sí" -no únicamente para los hombres- hace de su vida algo sagrado y confiere al concepto de dignidad esa dimensión ontológica sin la cual no puede pensarse siquiera lo que con ese concepto se quiere expresar³

I. Introducción.

Cualquier estudio que pretenda alcanzar cierta profundidad en esta materia advertirá que abordarlo supone, verdaderamente, una tarea de gran complejidad pues cualquiera que sea la arista que se toque encenderá fuertes controversias. Es que, y aunque resulte una obviedad el señalarlo, su tratamiento rara vez se ciñe a cuestiones estrictamente jurídicas pues involucra otras salientes dimensiones (antropológicas, morales, científicas, filosóficas, y hasta religiosas). Esa nota hace, además, que cualquier análisis que se intente al respecto lleve en sí el germen de resultar incompleto.

Prevenidos de ello, el propósito del presente es realizar un análisis crítico del precedente *F., A.L s/medida autosatisfactiva* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallado el 13 de marzo de 2012. Se trata de un verdadero *leading case*, pues vino -permítasenos la expresión- a *patear el tablero* en la materia, ya que no sólo le otorgó un *nuevo estatus jurídico a la persona por nacer*, sino también porque en los hechos consagró *un verdadero derecho de prestación positiva a la gestante a recibir ayuda médica para abortar*. Su impacto resulta profundo e innegable, pues fue citado y criticado por todos aquellos que abogaron por la legalización del aborto y también por quienes se oponían a ello en el encendido debate que tuviera lugar en nuestro país en el año 2018 y que, sin duda alguna, se reeditará en un futuro próximo. Esto último es justificativo suficiente para repensarlo en esta ocasión.

³R. Spaemann, *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989. Tr. D. Innerarity, p. 101-102; citado por GONZÁLEZ, Ana Marta, *Naturaleza y Dignidad Personal desde el pensamiento de Robert Spaemann*, p.224, cita on line <https://dadun.unav.edu/handle/10171/5274>, 17/8/2020

Con ese ideario el presente trabajo propone el siguiente camino a transitar: en primer lugar, se expondrán de manera sucinta aquellos argumentos centrales que ensaya la Corte Suprema de Justicia de la Nación para sustentar la tesis amplia del art. 86 inc. 2° del CP, reseña que incluye tanto el *holding* del caso como su extenso *obiter dictum* (I,II, III) Seguidamente se pondrá de relieve el eje que -entendemos- inspira el precedente en análisis: la dignidad como autonomía (IV). Sorteado ello, y desde una perspectiva fundamentalmente normológica y con el auxilio de argumentos de diferente corte o factura (centrados en el concepto de dignidad; semántico contextuales y constitucionales) se ensayarán diferentes críticas a cada uno de esos puntos con un doble propósito: primero, poner de relieve que la posición sustentada por el Máximo Tribunal bajo esta perspectiva, lejos se encuentra de conducir a una *única respuesta correcta* (V.1,2,3), y en segundo término, subrayar algunas consecuencias que su *obiter dictum* implica necesariamente para la tutela judicial efectiva de las personas por nacer (V.4). Finalmente, y conscientes de que un análisis limitado a la dimensión anterior conduce de manera inexorable a un punto de no inflexión, se pondrá de relieve, no sin alguna crudeza, el profundo debate de *naturaleza semántico antropológico* que el tópico supone y que rara vez se explicita: la distinción entre *cosas y personas* (VI).

II.1. Hechos.

La menor AG fue abusada sexualmente por el esposo de su madre, y producto de ese delito quedó embarazada. Su madre, AF, solicitó ante la justicia de la provincia de Chubut que dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente, con base en lo previsto en el art. 86 incs. 1° y 2° del CP, petición esta que fuera rechazada tanto en primera como en segunda instancia. Recurrida la resolución anterior, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut autorizó la intervención médica abortiva. Para así resolver el citado tribunal sostuvo, medularmente, que: a) el caso encuadraba en un supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86, inciso segundo, primera parte del Código Penal; b) esa

hipótesis era compatible con el texto constitucional y convencional; y c) la autorización judicial resultaba innecesaria, pese a ello se la otorgaba para concluir la controversia planteada en el caso. Finalmente, la causa llega a los estrados del Máximo Tribunal de la Nación merced a la interposición de un recurso extraordinario en representación del *nasciturus*, por el Sr. Asesor General Subrogante de la provincia de Chubut en su carácter de Tutor *ad litem* y asesor de familia e incapaces.

II.2. Un caso abstracto.

El Procurador General de la Nación destacó en su dictamen que la práctica abortiva ya había sido realizada, que había que estarse a las circunstancias existentes al momento de la decisión y que por ello el caso devenía *abstracto* y de inoficioso pronunciamiento.

Distinto fue el temperamento de la Corte Suprema. Su jurisprudencia ante los llamados *casos abstractos*, no resulta uniforme y no la obligaba a declinar su jurisdicción⁴. Así, y para provocar su apertura recurrió a una razón que ya empleara con anterioridad en casos vinculados al derecho a la vida como Bahamondez y Taunus⁵. El argumento es el siguiente: *tanto la velocidad con que se puede frustrar el objeto del recurso por la naturaleza misma de la cuestión, como la posibilidad de repetición de casos análogos en el futuro justifican la intervención del tribunal.*

Se trata de un verdadero anticipo del temperamento *activista* que caracterizará el presente, el que tal y como tendremos ocasión de ver, mostrará toda su dimensión en su *obiter dictum*⁶.

⁴ Ver en este sentido BIANCHI, Alberto B, *Control de constitucionalidad*, t.1, 2da. edición, actualizada, reestructurada y aumentada. Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, págs. 313 y ss. El autor expone que al igual que cuanto sucede con la Corte Suprema de los Estados Unidos (la que los llama *mootness*), nuestro Máximo Tribunal ha sentado el criterio de que no procede el control judicial ante casos abstractos; pese a ello da cuenta de las numerosas excepciones que se han presentado a lo largo del tiempo.

⁵ Fallos 316:479-1993 y Fallos: 324:5-2001.

⁶Al respecto apuntan Pilar Zambrano y Estela Sacristán que ello deja en evidencia una autoconcepción del rol institucional o político que le toca desempeñar en el gobierno de la

III. Líneas argumentales de la mayoría.

La cuestión de derecho a dilucidar consistía en resolver aquella vieja disputa en torno a la interpretación amplia o restringida que cabe asignarle al art. 86 inc. 2 del CP que establece: *el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible (...) 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.*

Existen, como se lo adelantara, dos miradas en torno a la citada norma, una amplia y otra restringida. La primera propicia despenalizar el aborto tanto en el caso de que se asista a una violación en general, como de un atentado al pudor (acceso carnal con o sin consentimiento) a una mujer incapaz (idiota o demente); en tanto que la tesis restrictiva sostiene que sólo se despenalizará en el caso de que se trate de un acceso carnal a una mujer idiota o demente.

Ahora bien, como lo hacen notar las doctrinarias Pilar Zambrano y Estela Sacristán, a quienes seguimos en ese segmento del discurso, si la cuestión se limitara al plano del derecho común, la CSJN, merced a las prescripciones del art. 14 de la ley 48, carecería de jurisdicción para intervenir, razón por la cual lo primero que debía realizar para justificar su intervención era mostrar que la opción por una u otra posición se resolvería en un plano superior, es decir, en el *constitucional*⁷.

república. Si se quiere en términos del constitucionalismo norteamericano, se podría decir que la Corte se autoconcibe como activista, esto es, una Corte que parece estirar la interpretación de las normas y de la práctica constitucional que distribuyen funciones de gobierno casi hasta el punto de quiebre. Las citadas autoras nos recuerdan que el debate entre activistas y conservadores se ha presentado intensamente en los Estados Unidos. Los activistas propician una interpretación amplia del poder de revisión constitucional de los jueces, tanto en lo que respecta al tipo de cuestiones que es legítimo revisar como al método de interpretación aplicable a la revisión. Los conservadores propician lo contrario en ambos sentidos. En lo que concierne a la metodología interpretativa, los activistas optarían por métodos evolutivos o progresivos de interpretación, mientras que los conservadores se apegarían al texto y/o a las intenciones originales de los constituyentes. ZAMBRANO, Pilar-SACRISTÁN, Estela B, *¿hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F.,AL y la relativización de los derechos fundamentales*. JA, 2012-II, fascículo 13. p. 34.

⁷ ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela B, *ob.cit.* p. 35.

Así -y luego de poner de resalto que existía *caso federal*, pues la interpretación practicada por el Tribunal Superior de Chubut comprometía preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por Tratados Internacionales de igual jerarquía, y porque la omisión de su tratamiento podía comprometer la responsabilidad internacional del Estado Argentino-, la Corte Suprema afirmó que la posición amplia debía imponerse por cuanto era la única se encontraba en sintonía con el plexo constitucional y convencional (considerando 8° del voto de la mayoría). Este es el *holding* central del caso y para ello brinda el siguiente cúmulo de argumentos:

* El art. 75 inc. 23 de la CN le otorga competencia al Congreso de la Nación para dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo. Además interpretó que la referencia específica al marco normativo de la protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan en general, políticas públicas promotoras de derechos humanos (considerando 9° de la mayoría).

* Sustentan la aludida posición los siguientes principios constitucionales y convencionales: igualdad y prohibición de toda discriminación (considerando 15°); dignidad de las personas humanas (16°); y estricta legalidad y *pro homine* (17). De acuerdo a ellos, se concluyó, no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación (considerados 8° y 18°).

* Sentado lo anterior, el Tribunal avanzó un paso más y concluyó que solicitar autorización judicial para llevar adelante la práctica abortiva resulta contraria al *principio de reserva* (considerandos 20-21).

* A ello añadió en su extenso *obiter dictum* que de acuerdo al texto legal (art. 86 inc. 2° CP) no resulta necesaria la intervención de más de un profesional de la salud; tampoco obtener dictámenes o consultas complementarias. La insistencia en llevarlas adelante será considerada una barrera al acceso a los servicios de salud debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su accionar (considerando 24°). El estado, garante de la administración de la salud pública, tiene la obligación de poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para

llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura (considerando 25°). El respeto del art. 19 de la CN se traduce en que la norma en estudio no exige ni la denuncia, ni la prueba de la violación, como tampoco su determinación judicial para que se puede acceder a la mentada práctica, basta con que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo (considerando 27).

IV. El argumento de la autonomía y el nuevo estatus otorgado por la Corte a la persona por nacer.

En el delicado grupo de casos que tenemos entre manos, se suele recurrir para justificar la práctica abortiva al llamado *argumento de la autonomía*. Este consiste en postular que existen derechos humanos básicos como la autonomía, la protección de la dignidad, el respecto a la libertad, la intimidad o la privacidad que emergen del art. 19 de la CN, y que deben compatibilizarse con el derecho a la vida⁸. Se suele ilustrar el punto recurriendo al persuasivo argumento que ensayara Judith Jarvis Thomson, y que fuera útil para reivindicar el derecho a la integridad corporal de las mujeres y su derecho a la igualdad, el mismo da cuenta de la siguiente situación:

...imaginemos que, por alguna razón (...) una mujer apareciera una mañana conectada a un famoso violinista, que moriría si ella se desconecta de su cuerpo. En esta trágica situación, no tendríamos sin embargo una razón suficiente para obligar a la mujer a quedar conectada al violinista, contra su voluntad....⁹

⁸En esa ausencia de decisión libre se ubica el famoso precedente Roe vs Wade de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Así, la privacidad de la madre constituyó la base normativa merced a la cual ese tribunal declaró la existencia de un derecho fundamental a abortar sin interferencias estatales. ZAMBRANO, Pilar- SACRISTAN, Estela, *Derecho a la vida, derechos reproductivos y aborto*, en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Julio César Rivera (h), José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman, Santiago Legarre (directores), Tomo I, Parte II, Los Derechos Constitucionales, Capítulo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.

⁹GARGARELLA Roberto, *Derecho, moral y política en materia de aborto*, Revista de derecho de familias y de las personas, La Ley, Año X, número 06, Julio 2018, p.6.

La Corte Suprema recurre a este argumento, aunque sin aludir explícitamente al concepto de autonomía, al señalar que:

...la dignidad de las personas reconocida en varias normas convencionales (...) se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma (...) la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término el embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar... (considerando 16 del voto de la mayoría).

Ahora bien, como se lo señala con acierto, la decisión del Máximo Tribunal carecería de una fundamentación normativa suficiente si no se precisaba también y al mismo tiempo, el *significado y la extensión del derecho a la vida*. La referencia resultaba obligada por cuanto de acuerdo a su misma doctrina, la privacidad no resulta absoluta sino que cesa ante el orden y la moral pública, ante lo que excede al propio individuo y ante *intereses legítimos de terceros*¹⁰. Merced a ello se impone colocar el foco de atención en el nuevo estatus jurídico que la Corte le otorgó a la persona por nacer en el precedente bajo análisis. El mismo surge de analizar el siguiente cuadro normativo:

¹⁰ZAMBRANO, Pilar- SACRISTAN, Estela, *Derecho a la vida (...) el derecho a la privacidad e intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por...las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo (...) de tal forma que permita a los individuos elaborar libremente sus planes de vida en tanto estos no afecten concretamente algún interés legítimo de terceros.*

Por su parte Roberto Gargarella también relaciona el concepto de privacidad con la idea de daño a terceros, considera que un acto es privado cuando no afecta a terceros, *ob.cit*, p. 4

* El art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); y los arts. 3 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Al respecto apuntó la Corte, el art. 1º DADDH y el art 4º.1 de la CADH fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos. Se citó en sustento de lo anotado tanto la discusión que tuvo lugar en torno a su redacción, como el informe 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

* Los arts. 3 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estos, debían ser leídos en función del art. 1º del citado instrumento internacional en cuanto establece *...todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. Al respecto se ha hecho notar que si bien no se explicita concretamente a qué se alude con esa cita, se comparte la opinión de quienes interpretan ello en el sentido de que todos los derechos allí reconocidos resultan condicionados al *nacimiento*¹¹.

* El art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte niega que esa norma genere la obligación estatal de proteger la vida del *nasciturus* con la fuerza de la sanción penal. Sustentó ello con la posición general del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de la violación, así como la preocupación por la interpretación restrictiva del art. 86 del Código Penal, manifestada en CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/3/2010.

* El art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la declaración interpretativa de la República Argentina en el art. 2, ley aprobatoria 23. 849.

En lo referente al punto señaló que los antecedentes que precedieron a la sanción de este instrumento internacional pusieron de relieve una voluntad enderezada a no penalizar el aborto en caso de violación. Apoyó esa tesis en las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, el que también manifestó su

¹¹ ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa?(...)*. p. 36.

preocupación por la interpretación restrictiva del tan mentado art. 86 del CP. Asimismo; y en lo referente a la declaración interpretativa, sostuvo que la misma no constituye una reserva en los términos del art. 2º de la Convención de Viena sobre el Derechos del Niño que altere el alcance con que el citado instrumento rige en nuestro país en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN¹².

V. Críticas.

1. Dignidad y ambigüedad

a. En el considerando 16º del voto de la mayoría, los Sres. Ministros acuden al tan problemático concepto de la *dignidad de la persona humana* para propiciar la exégesis amplia de la norma en análisis. Implícitamente se acude a una concepción kantiana de dignidad, de corte netamente formal, y que se identifica con *autonomía*, y más específicamente y en el caso: *autonomía sobre el propio cuerpo*. Aquí se ubica uno de los nudos centrales del asunto, pues la adopción y recorte de ese concepto implica que a la dignidad se la desvincula o divorcia del concepto de *naturaleza del hombre*, lo que trae aparejado que se vacíe de contenido al concepto de dignidad, o que se lo transforme en un mero recurso retórico.

Existen, por supuesto, otros paradigmas, los que propugnan que ambos conceptos deben vincularse ya que el respeto a la persona depende del respeto a su naturaleza. Al respecto apuntaba acertadamente Spaemann: *...la contraposición entre naturaleza y persona olvida que la persona es en sí misma una naturaleza en la que se representa la persona, en la que la persona se puede contemplar y tocar, pues el hombre no es una subjetividad descarnada que disponga de un organismo natural. El cuerpo humano es el hombre mismo*¹³.

b. De la lectura del precedente en análisis se advierte que el estatus jurídico convencional del *nasciturus* creado por el Máximo Tribunal de la Nación presenta

¹²Gargarella apunta al respecto que, oportunamente la Argentina buscó hacerle decir a la Convención lo que ella no decía, y al tiempo de incorporar el tratado escribió una cláusula interpretativa del mismo, para decir que la Convención debía ser interpretada como afirmando que la vida era protegida desde la concepción, *ob.cit.* p. 8.

¹³R. Spaemann, *Felicidad y Benevolencia*, p. 248, GONZALEZ, Ana Marta, *Naturaleza y Dignidad Personal desde el pensamiento de Robert Spaemann*, p. 222.

la particularidad de resultar claramente *ambiguo*, ya que por un lado entiende que el mismo es sujeto de derecho y titular del derecho a la vida, y por el otro, lo relativiza al afirmar que ello no resulta absoluto (considerando 13, *in fine*). Así, se divorcia de toda obligación estadual de garantizar sus derechos y garantías constitucionales y convencionales y se propicia la obligación constitucional contraria, esto es, se tiende a facilitar la comisión del aborto sentimental. A su turno, también se establece la obligación a cargo de estado de castigar a todos aquellos agentes sanitarios que obstaculicen el mentado derecho; y cualquier intento de verificar la ocurrencia en el caso de un supuesto de violación será considerado como una obstrucción a ese aborto legal¹⁴.

Como lo anotábamos, la Corte afirmó casi al pasar que el derecho a la vida de la persona por nacer no resulta absoluto. Decimos casi al pasar, pues de ordinario a aquel aserto suele seguirle la afirmación relativa a que los derechos no son absolutos, en caso de conflicto entre ellos debe regir la regla de la proporcionalidad. Desde esta óptica se aclara que de acuerdo a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, no se duda de que haya vida desde la concepción: en principio, la vida se protege desde allí. Ahora bien, como se lo anotara, los derechos no son absolutos pues pueden entrar en conflicto con otros y cuando ello sucede, se deben resolver mediante la regla de proporcionalidad, la que adquiere virtualidad merced a dos criterios: *progresividad* y las *causales*¹⁵.

Si bien lo anotado luce razonable para el análisis de otros derechos y conflictos, no resulta de igual manera con el que tenemos entre manos, pues entre otras cosas ese argumento olvida la *igual e inviolable dignidad* de la persona humana.

En esta inteligencia compartimos la idea que todo el sistema político y jurídico de una democracia constitucional se funda en el principio de la igualdad e inviolable

¹⁴ZAMBRANO, Pilar –SACRISTAN, Estela, *Derecho a la vida* (...).

¹⁵ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Legalización del aborto y derecho a la vida. Consideraciones jurídicas*, semanario jurídico, número 2189, 31/1/2019, cuadernillo 2, tomo 119, año 2019 –A, pág. 145 y ss. La destacada autora apunta al respecto que, en el primer trimestre –comprensivo de la semana catorce- en donde el feto no tiene suficiente desarrollo se le otorga más peso a la autonomía de la mujer, cuando tiene más desarrollo el feto, menor autonomía a la mujer, a lo que añade que esta menor autonomía no desaparece pues puede adquirir virtualidad cuando entra en juego su vida o salud (causales).

dignidad de la persona humana¹⁶. Cada una de ellas -sostiene Alfonso Santiago-, incluidas las personas por nacer, son un fin en sí mismas; un sujeto, no un mero objeto; *alguien*, no meramente *algo*; una democracia -se resalta- *no admite ciudadanos de segunda categoría*. Este desconocimiento impacta directamente en la dignidad de todas las personas humanas, pues su fundamento ya no es ser, simplemente, persona humana, sino que se requieren más condiciones para ello, o en otros términos, *el fundamento de esa dignidad no es el simple hecho de ser persona humana, sino que se requiere más condiciones para que no se avasalle sus derechos fundamentales*.

Por lo demás, resulta claro que ese argumento tampoco atiende a la *jerarquía* que ocupa el derecho a la vida dentro de nuestro universo positivo de máxima jerarquía. Es que el derecho a la vida es, no sólo el primero y fundamental, sino también el presupuesto para el ejercicio para todos los demás, o en otros términos más esclarecedores:

...el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los demás carecen de sentido... (Corte IDH en “Niños de la calle”, sentencia del 19/11/1999, serie C, nro. 63, párraf. 144)¹⁷

2. Un olvidado uso contextual del lenguaje.

a. Como lo hemos visto, la Corte le negó fuerza vinculante al único instrumento que reconoce de forma expresa, indudable y sin condicionamientos el derecho a la

¹⁶ SANTIAGO, Alfonso, *Las graves objeciones constitucionales que se pueden formular al proyecto de ley sobre legalización del aborto*, Revista de derecho de familias y de las personas, La Ley, Año X, número 06, Julio 2018, p. 61. El mencionado autor nos previene que la dignidad de las personas como principio fundante del orden jurídico y político está reconocido en varias normas convencionales (art. 11 de la CADDHH; art. 1º de la DUDDHH; y preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

¹⁷ En correspondencia, entre otros, BADENI, Gregorio quien expresa: *sin vida no hay libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que, en su consecuencia, le reconoce al individuo la ley positiva; El Derecho a la vida*, ED, 197-13.

vida de la persona por nacer, esto es, la declaración interpretativa incorporada por la República Argentina en la ley de aceptación de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849) que textualmente reza:

Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde la concepción y hasta los 18 años de edad.

Reparamos en ello por cuanto con anterioridad la misma Corte Suprema -aunque con otra integración-, le reconoció fuerza vinculante a la aludida declaración, señalando que ella forma parte de los derechos incorporados a la Constitución Nacional mediante el art. 75 inc. 22 (Fallos 325: 292 -2002- considerando 14).

Así, en “*Tanus*” entendió que el derecho fundamental a la vida humana rige a partir de la concepción, según el art. 4.1, Convención Americana sobre los Derechos Humanos (ley 23.054) y por el art. 2°, ley 23.849, aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño. Criterio interpretativo que fuera reafirmado en “*Portal de Belén*”, en donde se agrega que la concepción se produce con la fecundación¹⁸. De su lectura conjunta se aprecia además que correspondía proteger la vida, incluso bajo la amenaza de la sanción penal, salvo en aquellos casos en que resulte razonable quitar esa protección¹⁹

Idéntico temperamento que el expuesto puede apreciarse en “***Sánchez Elvira B, c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos***” (CS., S 1091 XLI (2007), pero ahora con idéntica integración que en el caso aquí analizado. Aquí la Corte

¹⁸ZAMBRANO, Pilar-SACRISTÁN, Estela B, *Derecho a la vida (...)*. En el precedente “*Tanus*”, la Corte confirmó la sentencia de la instancia anterior que había hecho lugar a la autorización solicitada para inducir el parto de un feto anencefálico. La cuestión fincaba en el modo en que debe conciliarse el ejercicio del derecho a la salud de la madre y el ejercicio del derecho a la vida y la salud del feto anencefálico. Por su parte en “*Portal de Belén*”, precedente relacionado con los anticonceptivos de emergencia, la Corte recurrió a un argumento de corte científico para apoyar el argumento relativo a que la concepción se produce con la fecundación, y así apuntó que es un hecho científico que la construcción genética de la persona está preparada y lista para ser dirigida biológicamente, pues el ADN del huevo tiene una descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles.

¹⁹ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa?(...)*, p. 42.

revocó la sentencia de la Cámara que había rechazado la indemnización solicitada por una persona cuya hija fue muerta -cursando un embarazo a término- por las fuerzas de seguridad durante el gobierno de facto que concluyó en 1983, y cuyos daños reclamados correspondían tanto a la muerte de su hija como la de su nieta, una beba no nacida. La Corte, finalmente, reconoció ambos daños, es decir, también por los de la vida no nacida, aniquilada junto a la de su madre. Al respecto cabe resaltar que una protección mayor para la vida no nacida surge de los votos concurrentes de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco quienes se remitieron al dictamen del Procurador General el que apuntó: *El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde la concepción, reafirmada por los tratados internacionales con jerarquía constitucional*²⁰.

Las incongruencias e inconsistencias anotadas nos conducen a preguntarnos si ello resulta objetable, a lo que respondemos afirmativamente. Es que, atendiendo a un *uso contextual* del lenguaje, resulta evidente que la proposición de la Corte en F.A.L. resulta cuanto menos llamativa, pues como lo hemos visto el contexto de la práctica constitucional y convencional anterior le otorgó carácter vinculante a la ya aludida declaración²¹. Se está en presencia de una verdadera disrupción en el plano o nivel de aplicación de los principios en juego. El camino ahora tomado luce cuestionable u objetable por cuanto su contrario, esto es, su continuidad es lo que permite leer una historia constitucional como la historia de una misma y única práctica jurídica y ello para que...*una práctica jurídica sea una práctica a prueba (...) de los cambios personales para que una práctica jurídica sea una práctica*

²⁰GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Ed. La Ley. 4ta. edición, actualizada y ampliada. T.II, Buenos Aires, 2009, p. 236 y ss.

²¹ ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela B, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa?(...)*. p. 42.

institucional. O, si se quiere, para que sea el gobierno de las leyes, el estado de derecho, el rule of law y no, en cambio el gobierno de las personas...²².

b. Artavia Murillo y otros c. Costa Rica.

Poco tiempo después de que el precedente en análisis viera la luz, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso “*Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*” (28/11/2012). Si bien se trata de un caso en donde la materia difería de la aquí analizada -fecundación e implantación de embriones-, se mostró en sintonía con la posición sustentada por nuestro máximo tribunal. Lo anterior no resulta una cuestión de menor factura pues de acuerdo a la *teoría de la autonomía*, son los órganos internacionales los que definen el sentido de las palabras de un tratado²³. En esta oportunidad, y en cuanto a lo que aquí interesa destacar, el citado tribunal sostuvo:

...no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado...(párrafo 259).

Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó

que la concepción en el sentido del 4^o.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de ese

²² ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela B, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa?(...)*, p. 45.

²³ Recuerda Kemelmajer en el artículo citado que, la mencionada resulta fundamental para la interpretación y aplicación del sistema de derechos humanos, y que la interpretación de un tratado sobre la base de la autonomía de sus términos, entendidos con independencia de cuál es el sentido que el derecho local les atribuye constituye una salvaguarda a las actitudes de mala fe que pretendan una interpretación contraria al objeto y al fin del tratado.

evento no habría lugar a la aplicación del art. 4° de la Convención. Además, es posible concluir que las palabras en “general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino gradual e incremental según el desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (párrafo 264).

La *relatividad del derecho a la vida*, luce evidente a la luz de lo expuesto por este Tribunal.

Ahora bien, al igual que cuanto sucede con los precedentes de la Corte Suprema, tampoco se asiste aquí a una línea jurisprudencial consolidada. Veamos. En “*Artavia Murillo*”²⁴ se citaron (números 261 y 262) las sentencias de los *Niños de la calle* (1999) y *Masacres de El Mozote* (2012): no obstante en aquella se omitieron las siguientes referencias que sí constan en los últimos precedentes citados, a saber: *...de no ser respetado (el derecho a la vida) todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. Esos derechos (a la vida) forman parte de un núcleo inderogable.*

A la luz de ello forzoso resulta concluir que resulta aparente la fortaleza del aquel argumento que construye sus premisas en torno a la interpretación que de las citadas normas convencionales hace este Tribunal, pues como lo hemos visto, no se trata de una posición respetuosa de su uso contextual del lenguaje²⁵.

²⁴LAFFERRIERE, Jorge N, “*La Legalización del aborto, la exaltación de la autonomía y el retroceso del derecho a la vida*”, Revista de derecho de familias y de las personas, La Ley, Año X, número 06, Julio 2018, p. 36 y ss.

²⁵En sintonía con el texto se muestra Juan Cianciardo quien, pone de relieve que la interpretación que hace el Tribunal en *Artavia* es contraria a otras que realizara en casos anteriores. Así, expresa que la Corte se había referido a niños no nacidos utilizando distintos términos que reconocen su condición de persona titular de derechos humanos. Efectivamente, en su jurisprudencia la Corte se había referido a las personas no nacidas como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés” en al menos tres casos, a saber: caso de los Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú, caso del Penal Miguel Casto- Castro vs Perú y caso Goiburú y otros vs. Paraguay. CIANCIARDO, Juan, *La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso Artavia Murillo*, Dikaion, 25, 2 (2016), pp. 160-189. DOI: 10.5294/DIKA. 2016. 25.2.2.

Por lo demás, no puede dejar de anotarse que el precedente en análisis *no resulta vinculante* para nuestro país, por cuanto la República Argentina *no fue parte en el litigio* que dio lugar a la sentencia aquí analizada (art. 68.1 de la Convención Americana de DDHH)²⁶, la jurisdicción del citado tribunal se encuentra circunscripta a aquellos casos que le son sometidos a decisión, por lo que no existe una norma general que torne obligatorio su seguimiento por parte de los Tribunales que conforman el sistema interamericano, ergo la responsabilidad internacional del estado se circunscribe a aquellos casos en donde los Estados son parte²⁷, lo que como hemos visto en el caso no sucedió.

3. ¿La única respuesta correcta?

Por supuesto que la mirada del Máximo Tribunal de la Nación en relación al plexo constitucional y convencional involucrado dista mucho de ser la única posible, o si se prefiere, no existe una única respuesta correcta a la luz del mismo, pues a más de las consideraciones ya anotadas cabe agregar lo siguiente:

* En cuanto al *alcance de la protección del niño y de la madre* se recuerda que las garantías de la seguridad social están previstas en el art. 14 bis de la CN, y que el art. 75 inc. 23 de la CN, amplió el área de cobertura a fin de proteger específicamente a la madre durante la gestación (embarazo) y el tiempo de lactancia, y al niño desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental. No se soslaya que la redacción de la norma ha sido objeto de críticas²⁸ y que como consecuencia de ellas allí se llegó a una conclusión de compromiso al emplear el término *embarazo* en lugar de concepción²⁹. Más allá de

²⁶La citada norma establece: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que san partes”.

²⁷ZAMBRANO, Pilar-SACRISTÁN, Estela B, *Derecho a la vida (...)*.

²⁸ Ello, pues parece referirse al niño embarazado, el término empleado no condice con los empleados por el CC acerca del momento en que comienza la vida humana, ni con los empleados en el art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto esta norma reconoce la protección legal del derecho a la vida, en general a partir de la concepción. GELLI, María Angélica, *ob.cit.* p. 236.

²⁹ Al respecto nos recuerda Alberto García Lema que, si bien la Convención excluyó pronunciarse sobre la despenalización, pues en rigor no correspondía que lo hiciera, a él le tocó defender como

ello -sostiene Gelli- la vida humana y los deberes del Estado frente a ella surgen de la prohibición emanada del art. 29 de la CN de *establecer dictaduras legales* que afecten la *vida*, el honor y las fortunas de los argentinos; de los principios del liberalismo personalista y de la doctrina elaborada en esa dirección por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que ha sostenido: *el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional* (Fallos 302: 1284; 310: 112); *el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su vida es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto a los restantes valores tienen siempre carácter instrumental* (Fallos 316: 479, votos concurrentes)

Atendiendo a lo anotado -sostiene la destacada autora- *el art. 75 inc. 23, obliga al Estado Argentino a proteger la vida del niño desde la concepción o el embarazo de la madre mediante leyes de seguridad social y todas las otras medidas legislativas o de otro tenor que aseguren, en primer término, su derecho a vivir, nacer y crecer*³⁰. Con la reforma constitucional de 1994 el derecho a la vida desde sus comienzos recibió una mayor protección, pues al art. 4° de la CADDHH se le adiciona la ya mencionada declaración unilateral que formuló nuestro país al momento de obligarse bajo los términos de la Convención de los Derechos del Niño.

Al respecto compartimos aquella opinión que postula que la diferencia entre declaración y reserva no radica en su fuerza vinculante, sino más bien en la mayor o menor incidencia en cuanto a la obligaciones estipuladas en el texto del

miembro informante ante el plenario de la Convención una norma específica protectora del derecho a la vida del niño y de la madre embarazada. Así, y luego de apuntar aquellos fundamentos de la segunda parte del inc. 23 del actual art. 75, el citado autor señala que: el enfoque constitucional está centrado en el derecho a la vida, en la protección especial del niño y de la madre, y en igualdad real de oportunidades y de trato para ambos, como una cuestión principalmente económica; necesaria para un desarrollo humano y con justicia social. No resultaría admisible que se despenalice el aborto por no poder asegurarse económicamente este derecho a la igualdad. GARCIA LEMA, Alberto M, "Protección constitucional del derecho a la vida. La libertad e igualdad de oportunidades. Consecuencias". Revista de derecho de familias y de las personas, La Ley, Año X, número 06, Julio 2018. p. 15

³⁰GELLI, María Angélica, *ob.cit.* p. 237.

instrumento internacional. En este sentido, mediante una reserva un Estado se obliga a menos de lo que establece el instrumento internacional, en tanto que mediante la segunda se obliga a lo mismo que dispone el texto pero optando por uno de sus sentidos posibles. En este caso la República Argentina se obligó a más³¹.

* Abona también la tesis contraria a la postulada por la Corte una lectura sistemática de todas las Convenciones y Declaraciones Internacionales, pues ellas usan indistintamente los conceptos individuo, persona y ser humano.

* Si bien se trata de un camino argumentativo claramente desechado por el Máximo Tribunal, resulta claro que el adverbio *en general* empleado en el art. 4.1 de la CADH puede leerse también en el contexto del inciso segundo del mismo artículo, que da cuenta que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente.

* Los informes de los Comités de Derechos Humanos (y del Comité de los Derechos del Niño) carecen de fuerza vinculante de acuerdo a los mismos Tratados que los erigen y regulan su funcionamiento. Estos concluyen en recomendaciones las que, al igual que informes u observaciones- no trasuntan decisión, ejecutoriedad o exigibilidad, sino más bien opinión, evaluación. Lo anotado se encuentra en correspondencia con el hecho de que el lenguaje de las observaciones finales no se asemeja al de una decisión con *imperium* que obliga a su acatamiento por parte de

³¹ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela B, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa? (...)* Job.cit, p. 45. No se desconoce que existen otras posiciones al respecto. Así Kemelmajer de Carlucci en el artículo ya citado distingue entre reservas y declaraciones anotando que *la ley 23849 habla de reserva en singular y declaraciones en plural. La reserva para la adopción internacional, nada más. Y dice, expresamente, lo que es algo propio de las reservas, que esos artículos no rigen en su jurisdicción...*. Además de ello, la citada autora realiza otro distingo en lo referente a la declaración para los casos de los niños en conflictos armados *en los que se dice que aplicará la ley interna porque es más protectora de los derechos de los niños ya nacidos; formula que no utiliza para el artículo 1º, donde no dice que se aplicará el derecho interno, no; dice sólo interpretación.*

En esta última tesis se ubica también Javier de Luca al señalar cuanto sigue: *es evidente que esa ley no tiene la misma jerarquía de la Convención, ya que ni siquiera constituye una reserva sino una declaración unilateral del legislador argentino. Este, no fue parte ni podría serlo en la redacción del texto del Tratado, así como tampoco puede transformarse en constituyente y debe tenerse en cuenta que la jerarquización constitucional es del Tratado, no de la ley que lo aprueba.* DE LUCA, Javier *Abortos justificados. El fallo de la Corte y las mismas viejas discusiones*, DPYC 2012 (mayo), 10/5/2012, 23. Cita online: AR/DOC/1573/2012.

los Estados, ya que ellas *instan, alientan, recomiendan, instan enfáticamente (...)* *invitan (...)* todo lo cual dista de trasuntar obligatoriedad³².

* La ciencia médica determinó concluyentemente que a partir de la fecundación existe un nuevo individuo humano distinto de su madre.

4. Implicancias del obiter dictum.

Por definición un *obiter dictum* es una *opinión sobre una cuestión de derecho que puede ser adoptada o no y se refiere a cuestiones colaterales del caso en cuestión*³³. Ahora bien, tal y como lo puede adelantar el lector, el extenso *obiter dictum* de FAL no responde a esa noción o concepto, ya que la Corte, merced a su sola voluntad creativa como fundamento normativo, llevó adelante un verdadero tránsito que va desde un derecho a la libertad contra la injerencia indebida del Estado (de primera generación) hacia un derecho de prestación positiva a cargo de este último en casos como el presente (segunda generación). El fuerte activismo judicial del que hablamos surge muy claro también a poco que se repara en que la Corte lejos estuvo de limitar su actuación a declarar la inconstitucionalidad de la interpretación estricta de la norma en análisis, sino que por el contrario avanzó en el sentido ya expuesto, soslayando postulados lógicos evidentes que tener ‘*permiso para*’ o ‘*libertad para*’, no es equiparable ‘*tener derecho a*’³⁴.

El derecho consagrado es, en rigor, un *superderecho* pues se encuentra *exento y blindado de toda judicialización*.³⁵, nota ésta que, claro está, trae aparejadas sus consecuencias. Así, el fallo asume -o al menos, debería- que se priva a la persona por nacer del *derecho a la tutela judicial efectiva*, lo que se encuentra en clara contravención con las tendencias constitucionales, convencionales, legales y

³²ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela B, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa?(...)*, p. 40.

³³FAYT, Carlos Santiago, *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia Leading Cases y Holdings Casos Trascendentes*, p. 205.

³⁴Pilar Zambrano y Estela Sacristán nos ponen de relieve que al proceder de la manera señalada se hace caso omiso a clásicas categorías jurídicas que ya fueran expuestas por Hohfeld y Kelsen, *¿Hay límites para la creatividad interpretativa?(...)*, p. 43.

³⁵ SANTIAGO, Alfonso, *ob. cit.*, p. 63.

jurisprudenciales que se muestran favorables *al acceso a la justicia a los grupos más vulnerables*, entre los que se encuentran, claro está, *las personas por nacer*.

Al respecto hace notar Alfonso Santiago:

...es muy lógica, fundada y adecuada la identificación de las personas por nacer como un grupo vulnerable, ya que su estado de debilidad e indefensión requiere de las personas, grupos sociales y autoridades públicas una particular atención y consideración. Tienen necesidades perentorias y no se encuentran en condiciones de proteger por sí mismas sus derechos. Su situación fáctica de desprotección y desigualdad respecto del resto de las personas humanas fundamenta esa especial atención y consideración³⁶ (...) a un adulto no se lo puede privar de su vida, ni eliminarlo, por mala que haya sido su conducta o incomodidades que su existencia pueda provocar en los demás. Para privarlo de su libertad, de su propiedad, o de precisar el alcance de sus derechos, es necesario acudir a los tribunales del Poder Judicial. Ninguno de estos derechos se reconoce en el fallo a las personas por nacer en supuestos de violación³⁷

VI. Algunas cuestiones subyacentes e implícitas.

Si bien a lo largo del presente hemos intentado poner de relieve como un propósito central que la lectura que ahora propone la Corte Suprema de Justicia de la Nación de las normas jurídicas involucradas no resulta ser la única ni la principal, compartimos la idea de que en una dimensión formal o normológica el debate se encuentra, en alguna medida, acabado o en un punto de no inflexión³⁸, pues resulta claro que quienes insisten en la absoluta o igual dignidad de la persona por nacer recurren a idéntico anclaje normativo para sustentar sus posiciones que aquellos que la niegan o controvierten (por ejemplo arts. 75 inc. 22 y 23, 19, y las

³⁶ SANTIAGO, Alfonso, *ob.cit.* p. 64.

³⁷SANTIAGO, Alfonso, *ob.cit.*, p. 64

³⁸ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela B, *Derecho a la vida, (...)*.

Convenciones de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que aludiéramos). Tanto la subsunción en esas normas como las diferentes argumentaciones que se ensayan a partir de ellas se reiteran hasta el infinito, pero en resumidas cuentas se carece de avances significativos.

Resulta claro entonces que esta perspectiva formal tiene un punto de llegada (el que hemos visto), pero impide ver el profundo punto de partida de la discusión ya que en rigor se asiste a un debate *semántico antropológico* que rara vez se explicita -tal y como acontece con el precedente que aquí comentamos-, y que atañe distinción conceptual radical en el mundo jurídico entre *cosas y personas*³⁹.

Ello queda en evidencia a la luz de la siguiente argumentación del filósofo Peter Singer: *el Príncipe Carlos se convertirá... seguramente en el Rey de Inglaterra, pero lo cierto es que por el momento y hasta que no lo sea, no tiene los derechos de un rey... no deberíamos aceptar que una persona potencial deba tener el derecho de una persona, a menos que se nos pueda dar una razón específica por la cual esto debería mantenerse en este caso particular*⁴⁰. O la siguiente consideración que en sintonía realiza Gargarella cuando al aludir al valor incremental de la vida refiere: *el problema no se resuelve, sino que sólo comienza cuando decimos la vida comienza en el tiempo x: ahora tenemos que decidir si ese ser vivo es una persona y si (...) tiene derecho a los derechos que reservamos para las personas (...) no le asignamos a los animales o a las no personas el mismo tipo de protecciones especiales que reservamos para las personas*⁴¹

Ahora bien, y como se lo anotara, el problema planteado no puede responderse si no se asume una posición en el debate semántico relativo al concepto mismo *de persona*. Este dilema, claro está, obliga a repensar el concepto de concepto, o la proposición según la cual los conceptos son representaciones de algún tipo de realidad. Así, aquellos que se precien de *constructivistas* sostendrán que está sujeto al arbitrio humano la determinación si el *nasciturus* entra en el campo de

³⁹CIANCIARDO, Juan, *ob.cit*, p. 183

⁴⁰GARGARELLA, Roberto, *ob.cit*, p. 7

⁴¹GARGARELLA, Roberto, *ob.cit*, p. 7

referencia del concepto de persona; en tanto que aquellos que participan de la idea de que los principios de los derechos humanos (universales y absolutos), y bienes humanos resultan en cierta medida independientes de la voluntad humana, asumirán que aquella determinación pertenece a un orden de cosas que se presenta a la inteligencia de forma dada, como un *objectum*.

La praxis semántica se resumirá en dos opciones: primero, o los principios de los derechos humanos son construcciones sociales que preceden a la referencia, o esta última, esto es, algún *bien humano básico* precederá o determinará su significado, y en este punto la cuestión o dilema resulta claro. Si se construye el concepto de derecho fundamental sin atender a su referencia ya no podrá hablarse de universalidad y absolutidad de los principios de derechos fundamentales pues dependerán del grado de consenso social que sustente ese concepto, y tan absoluto cuanto absoluto pretenda ser este mismo consenso, en la voluntad de no instrumentalizar al hombre. En cambio si la referencia precede al significado “*los principios de los derechos humanos o fundamentales, con sus notas de universalidad -para todos- y absolutidad -siempre- se hacen invulnerables al uso del lenguaje*”⁴², a la fuerza, o el *imperium*, en este caso al del Máximo Tribunal de la Nación⁴³.

Bibliografía.

*Badeni, Gregorio, *El Derecho a la vida*, ED, 197-13.

⁴²ZAMBRANO, Pilar-SACRISTAN, Estela B, *Derecho a la vida* (...)

⁴³Al respecto Juan Cianciardo nos enseña que: *...los derechos humanos son universales porque pretenden que su titularidad no dependa de otra condición que la de pertenecer a la especie humana* (...) *en tanto que son absolutos “porque una vez que han sido especificados (...), aquello que resulta de esa especificación, el “contenido esencial” o “la esfera de funcionamiento razonable” del derecho, debe ser protegido absolutamente: no puede ser sacrificado en aras de ninguna otra cosa. Dicho con otras palabras, con el carácter absoluto se pretende afirmar que el Estado y el resto de las personas, con independencia de su poder y de su tener, no puede disponer legítimamente de los derechos humanos....* CIANCIARDO, Juan, *La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso Artavia Murillo*, *Dikaion*, 25, 2 (2016), pp. 160-189. DOI: 10.5294/DIKA. 2016. 25.2.2

*Bianchi, Alberto B, *Control de constitucionalidad*, t.1, 2da. Edición, actualizada, reestructurada y aumentada. Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002.

*Cianciardo, Juan, *La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso Artavia Murillo*, *Dikaion*, 25, 2 (2016), pp. 160-189. DOI: 10.5294/DIKA. 2016. 25.2.

*De Luca, Javier, *Abortos justificados. El fallo de la Corte y las mismas viejas discusiones*, *DPyC* 2012 (mayo), 10/5/2012, 23. Cita online: AR/DOC/1573/2012.

*Fayt, Carlos Santiago, *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia Leading Cases y Holdings Casos Trascendentes*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

*García Lema, Alberto M, “*Protección constitucional del derecho a la vida. La libertad e igualdad de oportunidades. Consecuencias*”, *Revista de derecho de familias y de las personas*, La Ley, Año X, número 06, Julio 2018.

*Gargarella Roberto, *Derecho, moral y política en materia de aborto*, *Revista de derecho de familias y de las personas*, La Ley, Año X, número 06, Julio 2018.

*Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Ed. La Ley. 4ta. edición, actualizada y ampliada. T.II, Buenos Aires, 2009, p. 236 y ss.

* González, Ana Marta, *Naturaleza y Dignidad Personal desde el pensamiento de Robert Spaemann*, cita on line <https://dadun.unav.edu/handle/10171/5274>, 17/8/2020

*Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Legalización del aborto y derecho a la vida. Consideraciones jurídicas*, *semanario jurídico* número 2189, 31/1/2019, cuadernillo 2, tomo 119, año 2019 -A.

*Lafferriere, Jorge N, *La Legalización del aborto, la exaltación de la autonomía y el retroceso del derecho a la vida*, *Revista de derecho de familias y de las personas*, La Ley, Año X, número 06, Julio 2018.

* Santiago, Alfonso, *Las graves objeciones constitucionales que se pueden formular al proyecto de ley sobre legalización del aborto*, *Revista de derecho de familias y de las personas*, La Ley, Año X, número 06, Julio 2018.

*Sagües, Néstor Pedro, Manual de Derecho Constitucional, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007.

*Zambrano, Pilar-Sacristán, Estela,

- *Derecho a la vida, derechos reproductivos y aborto. Tratado de los Derechos Constitucionales*, Julio César Rivera (h), José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman, Santiago Legarre (directores), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, versión *on line*.

- *¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F.,A.L y la relativización de los derechos fundamentales*, JA, 2012-II, fascículo 13.