

**LAS ARBITRARIEDADES DEL CASO “F., A. L.”
OMISIONES, DEBILIDADES Y (HO)(E)RRORES
DEL “ROE V. WADE” ARGENTINO**

*Disertación del Dr. Manuel José García-Mansilla
del día 16 de mayo de 2012 en el
Instituto de Política Constitucional de la
Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*

LAS ARBITRARIEDADES DEL CASO “F., A. L.” OMISIONES, DEBILIDADES Y (HO)(E)RRORES DEL “ROE V. WADE” ARGENTINO

Por el DR. MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA

“*Roe v. Wade* seems like a durable decision.
It is, nevertheless, a very bad decision. (...)
It is bad because it is bad constitutional law, or
rather because it is *not* constitutional law and
gives almost no sense of an obligation to try be”
John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*

Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó el año judicial con una sorpresiva sentencia en materia de aborto. En el caso “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, la Corte confirmó, de forma unánime, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chubut que, el 8 de marzo de 2010, había autorizado a una joven de 15 años a terminar con un embarazo producto de una violación por parte de su padrastro¹.

¹ El aborto se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010. El resto de los antecedentes del caso

Los medios periodísticos nacionales se apresuraron a calificar esa decisión de “histórica”. Sin embargo, un día después, el Presidente de la Corte afirmó públicamente que el fallo en cuestión se limitaba a fijar por unanimidad el alcance del viejo artículo 86, inciso 2° del Código Penal y que no implicaba una señal ni a favor ni en contra de la despenalización total del aborto². La realidad es otra: de forma inadvertida o no, la mayoría de la Corte fue mucho más allá de lo que se reconoce. Es más, me atrevo a afirmar que esta sentencia será utilizada en el futuro como herramienta fundamental para abrir la puerta a la legalización del aborto en la República Argentina.

En efecto, como trataré de demostrar en este trabajo, la mayoría de la Corte en “F., A. L.” intentó remover casi todas las barreras constitucionales que podrían impedir legalizar el aborto en nuestro país a través de una simple ley del Congreso. Veremos, sin embargo, que las omisiones, errores y debilidades de esta sentencia son abrumadoras en materia constitucional y que, por lo tanto, resulta obligado reconsiderar nuevamente la cuestión. Aunque a primera vista parece ingenioso, el truco que la Corte ensaya en este caso se desbarata ante una atenta mirada y no resulta convincente.

No cabe duda de que este fallo será objeto de numerosos debates y controversias, desde las más diversas perspectivas. Sin embargo, no es mi intención hacer un análisis completo de la decisión, sino centrarme únicamente en lo que la propia Corte denomina como las “importantes cuestiones constitucionales” que el fallo pretendía dilucidar³. Aunque reconozco que la discusión

se encuentran reseñados en los Considerandos 1°) a 4°) del fallo “F., A. L.”, del 13 de marzo de 2012, publicado en <http://www.csn.gov.ar/docus/documentos/novedades.jsp> (última visita, 20 de marzo de 2012).

² Ver “La explicación de Lorenzetti”, en *Página 12*, miércoles 14 de marzo de 2012, en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/1-58215-2012-03-14.html> (última visita, 20 de marzo de 2012).

³ Considerando 5°) del fallo “F., A. L.”.

acerca del aborto puede ser considerada de índole política⁴, y que resulta prácticamente imposible sostener una postura que evite asumir una posición concreta en relación con la controversia moral y religiosa que subyace a la cuestión⁵, la crítica a esta sentencia se limitará a cuestiones de naturaleza constitucional y no expresa ni está basada en argumentos de índole moral o religioso.

El desarrollo de la crítica al fallo “F., A. L.” se hará en cinco partes. En la primera, haré una breve revisión de las controversias generadas alrededor del artículo 86 del Código Penal y cuál es la solución que adopta la Corte. En la segunda parte, criticaré el uso que la mayoría de la Corte hace del derecho internacional y de la interpretación de diversos instrumentos que tienen jerarquía constitucional en nuestro país en los términos del artículo 75, inciso 22° de la Constitución Nacional. En particular, me enfocaré en el tratamiento que la Corte da a la Convención de los Derechos del Niño. En la tercera parte, recordaré los límites que tiene la aplicación del derecho internacional en el sistema constitucional argentino. En la cuarta parte, intentaré develar lo que bien podría denominarse como el “truco de magia constitucional”, por medio del cual la Corte “crea” el derecho al aborto en casos de violación. En la quinta parte, analizaré la indebida y sesgada aplicación de la doctrina norteamericana que la Corte pretende imponer implícitamente en estos casos. Finalmente, daré mis conclusiones acerca de los alcances de este caso.

⁴ Basta ver, por ejemplo, el peso y el tratamiento que se le da a esta cuestión en el proceso de selección de jueces para la Corte Suprema de los Estados Unidos (ver, entre otros, Eisgruber, Christopher L., *The Next Justice. Repairing the Supreme Court Appointment Process*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2007, p. 5).

⁵ Cfr. Sandel, Michael, J., *Justice. What's The Right Thing To Do?*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2009, p. 251 y sgtes.

I. El artículo 86 del Código Penal

A pesar de que la causa se había tornado abstracta, debido a que el aborto autorizado en sede provincial ya se había consumado, la Corte Suprema justificó su decisión en la necesidad de poner fin a una vieja discusión en el ámbito del derecho penal. Ese debate gira en torno a si el Código Penal establece una causal de exclusión de responsabilidad penal para todos los casos de aborto cuando el embarazo es producto de una violación o si, por el contrario, se limita al caso de violación de una mujer incapaz. Aclarada la polémica, afirma la Corte, se evitaría en el futuro la judicialización de abortos no punibles y, de esta forma, se impediría que se frustrase la aplicación de una causal de inimputabilidad expresamente prevista en el Código Penal.

El referido debate académico es, en teoría, producto de la defectuosa redacción del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal, cuyo texto completo es el siguiente:

“Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

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

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

2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

La norma cuestionada fue incorporada al Código Penal en 1922, a través de la Ley 11.179⁶. El lenguaje ambiguo del texto tendría su origen en haber tomado como fuente para su redacción un trabajo publicado en 1918 por el español Luis Jiménez de Asúa, en el que se incluía una traducción al castellano del artículo 112 del Proyecto de Código Penal suizo de 1916, que nunca fue sancionado⁷.

La curiosa redacción de la norma generó posturas encontradas en el ámbito de la doctrina. Para algunos, el Código establecía la no punibilidad de un aborto solamente para el caso de violación de una “mujer idiota o demente” (tesis restringida). Para otros, la norma comprendía cualquier caso de violación (tesis amplia). En “F., A. L.”, la Corte termina receptando este último criterio.

Hasta aquí, la Corte parecería no haber aportado nada novedoso: hace casi sesenta años, era el propio Jiménez de Asúa el que introducía, en solitario, la tesis amplia⁸. Si bien estaría lejos de ser

⁶ A.D.L.A., *Complemento Años 1920-1940*, p. 85.

⁷ En el Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación se explica lo siguiente: “Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito. La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal” (Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Año 1920*, Est. Gráfico de Martino, Buenos Aires, 1920, Tomo I, p. 958). A renglón seguido, para dar respaldo a sus fundamentos, se cita un libro de Jiménez de Asúa (*La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, publicado en Madrid en 1918), en el que el autor había afirmado que en el anteproyecto suizo 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, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo, apunta ya que en el caso de incesto ‘se podrían añadir consideraciones de orden étnico’, y que cuando ‘el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia’, podría argüirse, ‘más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?’” (ob. cit., p. 958).

⁸ El autor español reclamaba, de alguna forma, la paternidad sobre la norma: “No creo que la Comisión senatorial argentina tuviera en sus manos el Proyecto suizo de 1916. El artículo que insertan en el texto legal, lo toman de lo dicho por mí, en ‘La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas’, Madrid, Suárez, 1918, p. 206, n. 1” (Jiménez de Asúa, Luis, “El aborto y su impunidad”, en *La Ley*, t. XXVI, p. 987, n. 79 [1942]).

mayoritaria, esta postura generaría después importantes adeptos en la doctrina penal⁹. En consecuencia, el alcance del fallo estaría lejos de ser “histórico”, como pretendían los medios periodísticos. Se trataría, apenas, de una decisión necesaria para poner fin a una vieja controversia.

Sin embargo, aun considerado bajo ese prisma, el fallo resulta cuestionable. Basta con señalar que la Corte omite hacer referencia alguna a la voluntad del legislador penal, que contradice claramente la tesis amplia. En efecto, del análisis de los debates que precedieron a la incorporación del actual inciso 2° del artículo 86 al Código Penal en 1922, surge que la voluntad del legislador es que solamente quede impune el aborto producto de la violación de una mujer incapaz. Y ello por motivos claramente eugenésicos: el perfeccionamiento de la raza. Esa aberrante motivación surge con claridad meridiana del Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación elaborado por los senadores Pedro Garro, Enrique del Valle Iberlucea y Joaquín V. González¹⁰.

⁹ Por ejemplo, Soler, que se pronunciaba en idéntico sentido hace casi cincuenta años: “La impunidad sancionada en el art. 86, alcanza a todo caso de violación, y no sólo al de la mujer idiota o demente” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, Tomo III, p. 131).

¹⁰ En ese Informe se afirma que “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 profundamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. [...] Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugenésicos, sintiéndose por esa medida, según dijera van Hamel, una ‘repugnancia afectiva’, es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del **perfeccionamiento de la raza**” (énfasis agregado) (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores...*, p. 958). Cabe recordar que la eugenesia se volvió muy popular en esa época en ciertos círculos políticos e intelectuales, especialmente dentro del socialismo. Personajes como George Bernard Shaw, Harold Laski, Aldous Huxley, John Maynard Keynes y H. G. Wells eran entusiastas defensores de medidas eugenésicas, principalmente la esterilización de ciertos sectores sociales y el control de la natalidad, como métodos para mejorar la raza y organizar científicamente la sociedad. Idéntico entusiasmo demostraron algunos íconos del progresismo norteamericano como Oliver Wendell Holmes, Woodrow Wilson o Margaret Sanger, una de

La Corte no dice nada sobre esta cuestión, sino que se limita a hacer un análisis lingüístico del texto y a cotejar la compatibilidad o no de la norma con el resto del ordenamiento penal. Esa omisión nos impide conocer la opinión de la Corte acerca de la insólita voluntad del legislador penal. De esta forma, sin hacer una sola referencia al absurdo, ilegítimo e inconstitucional origen de la norma, la Corte concluye que la causal de inimputabilidad se extiende a todos los casos de violación.

“Despejada” la incógnita acerca de su alcance, la Corte avanza con la verificación acerca de la compatibilidad o no del artículo 86 del Código Penal respecto del ordenamiento constitucional argentino. A la hora de interpretar si esa disposición es compatible o no con la Constitución, la Corte rechaza las distintas normas de rango constitucional que protegen explícitamente el derecho a la vida y que el defensor oficial había citado en instancias inferiores en defensa del *nasciturus*. Desestimando estos planteos a favor de la persona por nacer, la Corte concluye que de “las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación”¹¹. Conclusión: de la lectura que la Corte hace de diversos instrumentos que tienen jerarquía constitucional, no surge que la persona por nacer tenga un derecho a vivir que pueda colisionar con lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal.

las fundadoras del feminismo moderno. El lema era “more children from the fit, less from the unfit” (al respecto, ver Goldberg, Jonah, *Liberal Fascism. The Secret History of the American Left From Mussolini to the Politics of Change*, Broadway Books, Nueva York, 2009, pp. 249 a 274). En Alemania, ya en 1920, figuras como Gustav Radbruch, en ese momento diputado en el *Reichstag* por el socialismo, proponían que se legalice el aborto (Cfr. Jiménez de Asúa, “El aborto y su impunidad”, p. 990).

¹¹ Considerando 14º del fallo “F., A. L.”.

II. La Corte y el derecho internacional

En el recurso extraordinario presentado en representación y defensa de la persona por nacer se había esgrimido que el sistema constitucional argentino protege la vida a partir de la concepción en el seno materno. La Corte rechazó ese argumento en los Considerandos 9°) a 13°) del fallo. Para arribar a esa conclusión, la mayoría se basó principalmente en argumentos de derecho internacional. En efecto, se expuso que resultaba oportuno y necesario responder la postura del defensor oficial “desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional”¹². Dicho de otro modo, la Corte analizaría las normas de jerarquía constitucional invocadas por el defensor oficial y lo haría a la luz del derecho internacional.

Ahora bien, ¿es correcta la lectura que la Corte hace del derecho internacional en este punto? Mucho más importante, ¿es correcto el tratamiento que la Corte le da a la relación entre ese derecho internacional y la Constitución Nacional? Para contestar ambas preguntas me limitaré a analizar el tratamiento que la Corte Suprema da al instrumento internacional que, en teoría, brinda mayor protección explícita al derecho a la vida desde la concepción en el seno materno. Me refiero, obviamente, a la Convención de los Derechos del Niño¹³. Si el análisis que la mayoría de la

¹² Considerando 7°) del fallo “F., A. L.”.

¹³ Circunscribir la crítica al tratamiento que la Corte hace de la Convención de los Derechos del Niño no implica que no puedan hacerse importantes objeciones y críticas a lo expuesto en

Corte hace en este punto es incorrecto, todo el edificio argumental que se pretende construir en el fallo se desplomaría irremediablemente. Veamos.

La Convención de los Derechos del Niño fue aprobada por el Congreso de la Nación en septiembre de 1990. Conforme lo establecido en el primer párrafo del artículo 75, inciso 22° de la Constitución Nacional, la aprobación de un tratado internacional es resorte exclusivo del Congreso federal, quien al aprobar un tra-

los Considerandos 9°) a 12°) del fallo, en los que la Corte analiza las referencias, directas o indirectas, al derecho a la vida en el artículo 75, inciso 23° de la Constitución Nacional, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A modo de ejemplo, se pueden señalar las distintas técnicas interpretativas a las que la mayoría echa mano para sostener sus conclusiones. En algunos casos es textualista. En otros se apoya en la voluntad del constituyente. En otros prima una interpretación pretendidamente sistemática. Esa falta de aplicación de un método consistente de interpretación es una de las formas con las que la mayoría manipula y fuerza la “armonización” del plexo normativo. Otro ejemplo obvio es que la Corte incurre en lo que se conoce como *precedent shopping*. En efecto, la Corte selecciona ejemplos de diversos documentos de organismos internacionales que mejor se acomodan a su postura. Así es que en el voto de la mayoría se citan documentos relacionados con países como Gambia o Palaos. Como explica Vítolo, el *precedent shopping* es una práctica que consiste en “la elevación de posturas ideológicas controvertidas al nivel de precedente en apoyo de una determinada teoría” (Vítolo, Alfredo M., “La Posibilidad de Perdonar a los Responsables de Cometer Crímenes de Lesa Humanidad”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Políticas*, Tomo XXXIV – Parte II [2007] en <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/V%C3%ADtoloseparata.pdf> [última visita, 20 de marzo de 2012]). Del mismo modo, brillan por su ausencia cualquier referencia al artículo 33 de la Constitución Nacional y al artículo 70 del Código Civil. Cabe recordar que el artículo 33 de la Constitución protege los llamados “derechos naturales” de las personas, entre los que, según la propia Corte Suprema, el derecho a la vida es el primero (en relación con los derechos naturales, ver García-Mansilla, Manuel José, “Bases de Datos de ADN y Derecho a la Privacidad Genética”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXVII-Parte II, pp. 390 a 396 [2011]). A su vez, el artículo 70 del Código Civil dispone claramente que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”. Los adelantos científicos, lejos de contradecir a Vélez Sarsfield, lo confirman. Si los diversos instrumentos internacionales reconocen a las “personas” el derecho a la vida, la mayoría de la Corte debió haber hecho algún tipo de análisis acerca de la definición de “personas” que establece el artículo 70 del Código Civil. No lo hizo. Finalmente, cabe preguntarse por qué la Corte ignoró sus propios precedentes (en “Saguir y Dib”, por ejemplo, la Corte reconoció expresamente que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a todo ordenamiento normativo positivo y afirmó que estaba garantizado por la Constitución Nacional y las leyes [Fallos: 302:1284, p. 1298]. Similar reconocimiento se hizo en Fallos 312:1953, p. 1958). Dada la relevancia de la cuestión tratada, que claramente excede el marco de las decisiones usuales de la Corte, la mayoría debió haber sido más rigurosa en el análisis de la cuestión. Algo más diremos sobre esta última cuestión más adelante.

tado autoriza al Presidente a su ratificación en sede internacional. El Congreso aprobó la Convención en cuestión a través de la Ley 23.849¹⁴. En el artículo 2 de esa ley, se incluyeron instrucciones precisas al Poder Ejecutivo para seguir durante el proceso de ratificación:

*“Al ratificar la convención, **deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones:***

‘La REPUBLICA ARGENTINA hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.

Con relación al artículo 1° de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad [...]” (énfasis agregado).

Casi cuatro años después, luego de la reforma de 1994, el artículo 75, inciso 22° de la Constitución Nacional, asignó “jerarquía constitucional” a esta Convención. Y lo hizo, entre otras previsiones, “en las condiciones de su vigencia”. Aunque esta última frase se haya prestado a innecesaria confusión, queda claro que se refiere a las condiciones en las que esta Convención rige en la República Argentina¹⁵. Por lo tanto, las reservas y declaraciones exigidas por el Congreso para el proceso de ratificación en sede internacional de esta Convención gozan también de jerarquía constitucional.

¹⁴ A.D.L.A., t. L-D, p. 3694.

¹⁵ Exactamente lo mismo puede decirse respecto del resto de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que la Constitución les asigna jerarquía constitucional.

En relación con este último punto, me parece terminante la explicación expuesta en un artículo publicado por Horacio Rosatti, uno de los miembros principales de la Comisión de Redacción de la Convención Constituyente Reformadora de 1994. Al explicar el fundamento de la incorporación de la expresión “en las condiciones de su vigencia” a nuestro texto constitucional, Rosatti expone claramente lo siguiente: “puedo afirmar, como convencional constituyente e integrante de la Comisión de Redacción de la Reforma de 1994, que el fundamento histórico de la incorporación de esta expresión en la Convención –más allá de que una vez inserta en el texto constitucional tal expresión cobra vigencia generalizada– no fue otro que reforzar (indirectamente) la posición de un sector de convencionales que aspiraba a consagrar constitucionalmente el criterio de que la vida humana comienza al momento de la concepción. Dado que este tema (el de la definición del inicio de la vida humana) no estaba habilitado por la ley de convocatoria, y habida cuenta de la resistencia de un importante sector de la Convención a debatirlo (no sólo por apelación a los términos de la ley 24.309 sino también por motivos sustantivos o conceptuales), el grupo de convencionales que pugnaba por el tratamiento de la cuestión entendió que la incorporación de la expresión ‘*en las condiciones de su vigencia*’ –referida a los tratados individualizados por el art. 75, inc. 22) segundo párrafo- permitía ‘elevar’ a la jerarquía constitucional la reserva realizada por la República Argentina (entender ‘*por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*’) a la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicho de otro modo: la expresión ‘*en las condiciones de su vigencia*’, nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del derecho internacional, sino todo lo contrario”¹⁶.

¹⁶ Rosatti, Horacio D., “El Llamado ‘Control de Convencionalidad’ y el ‘Control de Constitucionalidad’ en la Argentina”, en *La Ley*, Suplemento Constitucional, N° 1, 13 de febrero de 2012, p. 4. Rosatti concluye de modo categórico que “no es históricamente cierto que la expresión ‘*en las condiciones de su vigencia*’ –en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos– haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a ‘*con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes*’” (ob. cit., p. 5).

Queda claro, entonces, que la jerarquía constitucional que tiene la Convención incluye también la de las reservas y declaraciones exigidas por el Congreso para su ratificación. Así las cosas, cualquier norma de jerarquía inferior que consagrara el aborto en cualquier caso, como por ejemplo el artículo 86 del Código Penal, colisionaría directamente con la Convención de los Derechos del Niño, dado que su artículo 6.1. reconoce que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. Naturalmente, ello hubiera obligado a la Corte a tratar esa colisión normativa y no a eludirla como hizo, amparándose incorrectamente en el derecho internacional.

¿Qué dijo la Corte al respecto? Con llamativa ligereza y falta de argumentación, la Corte se saca el tema de encima:

“El artículo 2 de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1 de la Convención *‘debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción’*, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, **como surge del texto mismo de la ley**, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, **respecto del artículo 1 se limitó a plasmar una declaración interpretativa**”¹⁷ (énfasis agregado).

A pesar de que en el enunciado del artículo 2 de la Ley 23.849 se usa la expresión “reservas y declaraciones” en plural¹⁸, del análisis lingüístico de su texto la Corte infiere únicamente que, como al hacerse referencia al artículo 21 de la Convención se usa el vocablo “reserva” y cuando se refiere al artículo 1 se usa el

¹⁷ Considerando 13º) del fallo “F., A. L.”.

¹⁸ “Al ratificar la convención, deberán formularse **las siguientes reservas y declaraciones...**”.

vocablo “declara”, estaríamos no frente a una reserva, sino ante una declaración interpretativa. La mayoría de la Corte no aclara cuál sería la diferencia jurídica entre una reserva y una declaración interpretativa y, como único intento de fundamentación de su postura, que se esgrime con confianza y certeza magistral, se citan los puntos 1.2. y 1.3. de las Directrices aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) en 1999¹⁹. Pese a tratarse de un punto evidentemente medular, ése es todo el arsenal argumentativo que la Corte despliega en este punto.

Más allá de que el análisis lingüístico que se hace del texto es discutible e incompleto, ya que se omite analizar el impacto de haber utilizado la frase “reservas y declaraciones” en plural, el apoyo que la mayoría de la Corte pretende encontrar en el derecho internacional es más aparente que real. Veamos.

Por un lado, se omite considerar que la definición de “reserva” que establece la Convención de Viena es muy amplia. En efecto, el artículo 2 de esta Convención establece que “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”²⁰ (énfasis agregado). Es decir que para la propia Convención de Viena lo importante no es la denominación (“reserva” o “declaración”), sino su contenido jurídico.

Por el otro, la lectura de las Directrices aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, a las que se remite la mayoría de la Corte, lo dejan a uno perplejo. Conforme se expone a continuación, lejos de sostener la tesis esgrimida en el voto ma-

¹⁹ Ver *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1999*, Volumen II, Segunda Parte, A/CN.4/SER A/1999/Add 1 (Part 2), ONU, United Nations Publication, Ginebra, 2005, pp. 95 a 134.

²⁰ *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados*, Naciones Unidas, 1970, p. 2.

yoritario, el documento en el que pretende apoyarse la desmiente rotundamente:

- (i) En el punto 1.2. de las Directrices, se explica que “durante mucho tiempo las reservas y las declaraciones interpretativas no se distinguieron con claridad ni en la práctica de los Estados ni en la doctrina. En lo que concierne a esta última, la opinión dominante asimilaba pura y simplemente las unas a las otras, en general, incómodo con ella”. A renglón seguido se afirma que “varios elementos contribuyen a oscurecer la necesaria distinción entre las reservas de una parte y las declaraciones interpretativas de otra: a) la terminología es titubeante; b) la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales es incierta; y c) los objetivos que tratan de alcanzar los declarantes no están siempre desprovistos de ambigüedad”²¹. Es decir que, tal como se reconoce en las Directrices en las que se apoya la Corte, al momento en que nuestro país aprobó la Convención de los Derechos del Niño (1990), la distinción entre “reservas” y “declaraciones interpretativas” distaba de ser tan clara como se pretende. De hecho, las propias Directrices apuntan a evitar esas confusiones en el derecho de los tratados y aclarar el confuso panorama reinante aún nueve años después (1999);
- (ii) Según las propias Directrices, la “incertidumbre terminológica” surge de la propia Convención de Viena que define como reserva a “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación”. Como se aclara en las Directrices, “esta ‘precisión negativa’ excluye todo nominalismo y obliga a interesarse en el contenido mismo de las declaraciones y en el efecto

²¹ *Anuario...1999*, p. 104.

que pretenden producir. [...] Instrumentos que tienen igual objeto pueden ser clasificados de ‘reservas’ por un Estado parte y de ‘declaraciones interpretativas’ por otro. A veces, instrumentos con igual objeto pueden ser calificados de ‘reservas’ por algunos Estados, de ‘interpretaciones’, por otros Estados y no ser calificados en absoluto por otros Estados. [...] [L]as mismas palabras pueden, a juicio mismo del Estado que las ha empleado, referirse a realidades jurídicas diversas”²². La Corte parece olvidar esa advertencia y entiende que no está frente a una reserva, sino frente a una declaración interpretativa por una cuestión meramente terminológica: el uso del término “declara”. Resulta obvio, entonces, que la propia Corte ignora las claras advertencias de las Directrices e incurre en el “nominalismo” que el documento en el que se basa le sugería evitar;

- (iii) Las Directrices, a su vez, trazan una importante distinción entre declaraciones interpretativas simples y declaraciones interpretativas condicionales. Luego de explicar que el carácter condicional de una declaración puede deducirse de su redacción, se afirma que el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas condicionales se asemeja al de las reservas²³. La Corte, sin embargo, parece tratar a las declaraciones interpretativas como si todas tuvieran el mismo efecto, lo que a la luz de las Directrices resulta incorrecto, y no hace distinción ni análisis alguno al respecto;
- (iv) En el punto 1.3.1. de las Directrices se explica de qué forma se puede distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas. Luego de insistir en que “queda ex-

²² Ídem.

²³ *Anuario...1999*, pp. 110 a 112.

cluido todo ‘nominalismo’”, se afirma que “el criterio decisivo para establecer la distinción radica en el efecto jurídico que el Estado o la organización internacional autor de la declaración unilateral se propone producir. No hay duda pues, que conviene averiguar cuál era la intención del declarante cuando hizo la declaración: ¿tenía ésta por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones del tratado (o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos) en su aplicación al autor de la declaración, o se formuló con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuía al tratado o a algunas de sus disposiciones? [...] A los efectos de la determinación de la naturaleza jurídica de una declaración hecha en relación con un tratado, **el criterio decisivo descansa sobre el resultado efectivo que produce (o produciría) su aplicación:** si da lugar a que se modifique o excluya el efecto jurídico del tratado o alguna de sus disposiciones, se trata de una reserva ‘cualquiera que sea su enunciado o denominación’; si la declaración se limita a precisar o aclarar el sentido o el alcance que su autor atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones, se trata de una declaración interpretativa”²⁴ (énfasis agregado). La Corte no hace el análisis propuesto. Por el contrario, se limita a afirmar dogmáticamente que la referencia a que el Artículo 1 de la Convención “*debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción*” es una mera declaración interpretativa. Sin embargo, resulta obvio que el resultado efectivo de la aplicación de esa supuesta “declaración” modifica los efectos jurídicos de la Con-

²⁴ *Anuario...1999*, p. 114.

vención en materia de aborto y del alcance derecho a la vida del niño por nacer;

- (v) Finalmente, en el Punto 1.3.2. de las Directrices se afirma que “si una declaración unilateral puede ser una reserva ‘cualquiera que sea su enunciado o denominación’, ello significa necesariamente que las simples ‘declaraciones’ (incluso si el autor las califica expresamente de interpretativas) pueden constituir verdaderas reservas, lo que implica también y necesariamente que la terminología no constituye un criterio absoluto al que se pueda recurrir para definir las declaraciones interpretativas [...]. Hay que hacer constar, en particular, que los jueces y los árbitros internacionales y los órganos de control de la aplicación de tratados de derechos humanos se abstienen de todo nominalismo y, sin detenerse en la denominación de las declaraciones unilaterales con las que los Estados acompañan su consentimiento en obligarse, se dedican a averiguar la realidad de las intenciones tal como se desprende del fondo de la declaración y hasta del contexto en que ha sido hecha”²⁵. Lejos de cumplir con este punto de las Directrices e indagar acerca de la “realidad de las intenciones” contenidas en las previsiones de la Ley 23.849, la Corte aplicó un sesgado análisis del texto de esa norma y lo erigió como criterio absoluto para definir su alcance respecto de la Convención.

A pesar de lo puntillosa que pretende ser la Corte a la hora de seguir al derecho internacional “a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales”, resulta evidente que, en este caso, ni siquiera se intentó cumplir con el análisis requerido por las Directrices. Pretender, como hace el voto de la mayoría,

²⁵ *Anuario...1999*, p. 117.

que la decisión se basa en esas Directrices resulta inadmisibile: lejos de cumplirlas, insistimos, en “F., A. L.” se las ignora abiertamente.

Sin perjuicio de lo expuesto, aún cuando se insistiera que estamos frente a una declaración interpretativa, la Corte no explica cuál sería el valor de la misma bajo el derecho interno. Cuando el Congreso en su artículo 2 de la Ley 23.849 utiliza la locución “debe interpretarse”, lo hace de modo imperativo y obliga también al resto de los poderes. No hace falta recordar que el Poder Judicial federal, incluyendo la Corte Suprema, no tiene en nuestro sistema constitucional injerencia alguna en materia de relaciones exteriores, ya que las atribuciones en esta materia fueron asignadas de forma exclusiva al Poder Ejecutivo y al Congreso.

Nada de lo expuesto significa aceptar que la Corte esté en lo correcto cuando sostiene que la Convención y el resto de los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional en nuestro país tengan que ser interpretados a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales. Hace tiempo ya que la Corte abusa del argumento de que la República Argentina puede sufrir sanciones internacionales si no cumple con la interpretación que ciertos organismos desarrollan en materia de derechos humanos, aún cuando esa interpretación se refiera a otros países. Convalidar esa suerte de imperialismo moral no resulta aceptable ni acorde con nuestro sistema constitucional.

Este último punto merece un comentario adicional. La cita al derecho internacional se ha vuelto una moda incontenible para la Corte Suprema y, como se puede apreciar, no está exenta de enormes riesgos, en especial respecto a la posibilidad que tienen los jueces de recurrir al *precedent shopping* para justificar sus preferencias personales y ubicarlas por encima de la Constitución. Aunque podría argumentarse que se trata de una batalla perdida debido al criterio que la Corte ha venido desplegando en los últimos años, creo que vale la pena insistir con cuál es el tratamiento

correcto que debe dársele al derecho internacional bajo nuestro sistema constitucional. Coincido con Tribe y Dorf cuando señalan que el hecho de que la Corte haya ocasionalmente reescrito la Constitución en algunas áreas no convierte esa práctica en algo correcto²⁶. Conviene, por esa misma razón, recordar la relación de jerarquía que existe entre la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

III. Jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La reforma constitucional de 1994 introdujo una profunda reforma en la estructura jerárquica de las normas en nuestro sistema jurídico. El artículo 75, inciso 22° establece específicamente que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, receptando así el criterio jurisprudencial que la Corte Suprema había sentado en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich”²⁷. Sin embargo, la reforma no se detuvo allí, sino que creó otras categorías normativas, al otorgar jerarquía constitucional a una serie de tratados e instrumentos internacionales expresamente enumerados en el referido artículo 75, inciso 22° y al facultar al Congreso de la Nación a asignar esa misma jerarquía a otros tratados y convenciones de derechos humanos.

La reforma creó un sistema alambicado y oscuro de jerarquías normativas que ha sido fuente de numerosos equívocos y no menos debates doctrinarios respecto de su alcance y proyección en relación con la Constitución Nacional. Al igual que ocurre con la expresión “en las condiciones de su vigencia”, existen nume-

²⁶ Tribe, Laurence H. y Dorf, Michael C., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 41.

²⁷ Fallos: 315:1492 (1992).

rosas interpretaciones doctrinarias respecto de la inteligencia de la expresión “jerarquía constitucional”. Esas interpretaciones van desde sostener que los tratados que gozan de esa jerarquía son superiores a la Constitución²⁸, a afirmar que son superiores a todas las restantes normas de nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo a otros tratados internacionales, pero inferiores a la Constitución²⁹, pasando por dos extendidas interpretaciones: la que sostiene que los tratados enumerados en el artículo 75, inciso 22° han sido incorporados a la Constitución³⁰, y la que afirma que si bien no forman parte de la Constitución, valen como ella³¹.

Como consecuencia de ese intrincado sistema de jerarquía de normas, algunos autores afirman que a partir de la reforma de 1994 hemos pasado de una Constitución rígida a una semiflexible, ya que el Congreso podría, mediante el otorgamiento de jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos, incorporar normas a la Constitución³². Si bien el sistema establecido por la

²⁸ Vega, Juan Carlos y otros, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 37.

²⁹ Ramírez Calvo, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, en *La Ley*, t. 1995-B, p. 773; Elías, José Sebastián, “‘Simón’ (o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho)”, en *J.A.*, t. 2006-III, p. 351; Badeni, Gregorio, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 142, etc. Idéntico criterio expusimos en García-Mansilla, Manuel José y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los Principios Fundamentales del Derecho Público Argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pp. 220 a 224 y que reproduzco en lo sustancial, con algunos agregados.

³⁰ Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, Tomo I, p. 91 (quien sostiene que a partir de la reforma de 1994, nuestra Constitución no está contenida en un documento único, sino que se encuentra dispersa); Colautti, Carlos, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 41; Ekmekdjíán, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001, Tomo IV, p. 620.

³¹ Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo VI (“La Reforma Constitucional de 1994”), p. 555; Midón, Mario A. R., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 145; Quiroga Lavié, Humberto y otros, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, Tomo I, p. 533; Sagüés, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, Tomo I, p. 267.

³² Mairal, Héctor Aquiles, “La Degradación del Derecho Público Argentino”, en Scheibler,

reforma de 1994 es harto criticable, un cuidadoso análisis de las normas en juego permite descartar las interpretaciones que producen el efecto negativo señalado precedentemente.

Para ello es necesario comenzar recordando las normas que habilitaron la reforma constitucional y las restricciones que esas normas impusieron a la Convención. El artículo 3 de la Ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma, habilitó a la Convención a incorporar a la Constitución “institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales”³³. El texto citado no fue muy explícito y dejó a la Convención un amplio espacio dentro del cual podía efectuar esos cambios. Sin embargo, el artículo 7 de esa misma ley prohibió expresamente a la Convención la introducción de modificaciones en la Primera Parte de la Constitución. Con ello, la incorporación de los institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales tenía como límite insalvable la imposibilidad legal de afectar, directa o indirectamente, la parte dogmática de la Constitución.

El referido artículo 7 dispuso textualmente que la Convención Constituyente no podía “introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”. Es decir que los primeros 35 artículos de la Constitución Nacional debían mantenerse incólumes y no podían ser modificados válidamente por la Convención Constituyente. Adviértase que la norma transcrita no implica solamente la prohibición de modificar el texto de los artículos de la parte dogmática, sino que tampoco permitía la modificación indirecta de los mismos. Esa y no otra es la interpretación que cabe otorgar a la locución “modificación alguna”, que cubre todo el espectro de reformas posibles.

Guillermo (Coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia – IV*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, p. 21.

³³ A.D.L.A. t. LIV-A, p. 89.

Si los tratados internacionales con jerarquía constitucional formaran parte de la Constitución, habría que concluir que el Congreso, al dotar de jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos, tal como está previsto en el mismo artículo 75, inciso 22°, estaría incorporando esos tratados a la Constitución. De ser así, el Congreso habría sido autorizado a reformar la Constitución Nacional a través de un procedimiento distinto del establecido en el artículo 30. Continuando con el razonamiento, admitir esta situación implicaría sostener que se ha operado una reforma al artículo 30 de la Constitución Nacional, lo cual estaba expresamente prohibido por la ley declarativa de reforma constitucional. Por lo tanto, si los tratados internacionales con jerarquía constitucional hubieran sido incorporados a la Constitución, forzoso sería concluir que la reforma en este aspecto es inconstitucional³⁴. Refuerza esta obvia interpretación el hecho que el artículo 6 de la Ley 24.309 estableció que: “Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2 y 3 de la presente ley de declaración”³⁵.

La misma premisa es válida para analizar la relación jerárquica entre los tratados internacionales de derechos humanos y la

³⁴ Lo que tornaría aplicable la doctrina del caso “Fayt” (Fallos: 322:1616).

³⁵ El hecho de que la Constitución exija una mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para aprobar o denunciar ese tipo de tratados, es decir igual mayoría que para declarar la necesidad de la reforma, no soslaya la objeción efectuada, como parecen sugerirlo Dromi y Menem. Estos autores afirman que “desde un punto de vista formal, para denunciar un tratado o para incorporar un tratado equivalente se pide la misma mayoría que para la ley declarativa de la necesidad de la reforma de la Constitución: dos tercios de la totalidad de los miembros” (Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución Reformada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 259). En virtud de ello, estos autores afirman que “es similar, en entidad jurídica, a la propia reforma de la Constitución (art. 30), pues las mayorías declarativas son análogas” (Dromi y Menem, *La Constitución...*, p. 257). Estas afirmaciones resultan sorprendentes: es inadmisibile equiparar el procedimiento previsto en el artículo 30 con el establecido en el artículo 75, inciso 22°. Los citados autores soslayan el hecho que de acuerdo con el artículo 30, el Congreso no ejerce el poder constituyente, sino que es la Convención convocada al efecto la que realiza la reforma constitucional. No se trata de un mero detalle formal, sino de la base misma del procedimiento de reforma constitucional de nuestra Constitución.

Constitución Nacional. A pesar de lo profundo que pueda considerarse el cambio operado por la reforma de 1994 en cuanto a la relación entre las leyes y los tratados internacionales, o entre éstos entre sí, en lo que concierne a la relación de jerarquía entre los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional no hubo ni podía haber reforma alguna que modificara la supremacía constitucional. Es nuevamente la expresión “jerarquía constitucional” la que induce a confusión. Sin embargo, esa jerarquía constitucional no es plena, sino condicionada y subordinada³⁶. Basta ver la redacción del artículo 75, inciso 22° cuando sostiene, por ejemplo, que esos tratados no derogan artículo alguno de la parte dogmática de la Constitución³⁷. Interpretar lo contrario, implicaría aceptar que la Convención Constituyente podía haber reformado el artículo 27 de la Constitución Nacional, que pone a todos los tratados internacionales por debajo de la Constitución, cosa que también estaba expresamente prohibido a la Convención, bajo pena de nulidad.

Antes de la reforma de 1994, Bidart Campos sostenía que “aunque no está dicho expresamente es evidente que siendo la Constitución rígida y exigiendo por ello un mecanismo específico de reforma, el tratado a través del cual el Estado se obliga por voluntad de los órganos de su poder constituido, no puede alterar la Constitución, porque si así fuera, se admitiría una reforma de la misma Constitución por vías extrañas a las que ella ha ordena-

³⁶ La condicionalidad y subordinación de la jerarquía constitucional otorgada por la Constitución a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos surge claramente de una lectura honesta del artículo 75, inciso 22°, que dispone que “...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

³⁷ El pretendido juicio de comprobación inventado por algunos jueces de la Corte Menemista (ver, entre otros, “Monges” (Fallos: 319:3148, voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano y López); “Chocobar” (Fallos: 319:3241, voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López), etc.), no puede convencer seriamente a nadie: nunca se hizo. Basta consultar a cualquier convencional constituyente que participara en la Convención de 1994 para confirmar esa negativa.

do para el poder constituyente derivado”³⁸. Agregaba que “como conclusión básica podemos decir, entonces, que la supremacía de la Constitución no cede al derecho internacional convencional. Y tampoco, por razones análogas, al consuetudinario. Nuestro monismo es, pues, con primado de la Constitución. Pero nada más que de la Constitución”³⁹. Estas reflexiones son plenamente aplicables luego de la reforma de 1994.

La única interpretación compatible con la Constitución Nacional es la de afirmar que los tratados con jerarquía constitucional no solamente no forman parte de la Constitución, sino que tampoco valen como ella. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁴⁰. Se encuentran en un escalón inferior a la Constitución, si bien por encima de todo el resto del ordenamiento jurídico argentino. Por lo tanto, no es cierto que nuestra Constitución haya dejado de ser rígida. La rigidez de la Constitución Nacional permanece inalterable y, si bien la reforma ha afectado profundamente la jerarquía normativa por debajo de ella, esto no altera los principios básicos de nuestro sistema constitucional.

A pesar de las diferencias que efectivamente separan a nuestro país de los Estados Unidos en lo que se refiere a la relación entre los tratados y las leyes⁴¹, no deja de ser ilustrativo repasar someramente la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en lo que se refiere a la relación entre los tratados y la Constitución de 1787. En los Estados Unidos, un tratado no puede dejar sin efecto disposición alguna de la Constitución⁴². Como lo explica Schwartz,

³⁸ Bidart Campos, Germán José, “La incorporación del derecho internacional al derecho interno”, en *La Ley*, t. 118, p. 1061.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ni hablar de los meros “dictámenes” (no sentencias) emitidos por “organismos” (que no son tribunales) internacionales.

⁴¹ Mientras que en nuestro país los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, en los Estados Unidos tienen el mismo rango y se aplica la regla de ley anterior deroga ley posterior.

⁴² Cfr. Corwin, Edward S., *The Constitution and what it means today*, 14va. ed., Princeton University Press, Nueva Jersey, 1978, p. 169; Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law*.

el poder de celebrar tratados es muy amplio pero “no puede ser interpretado de manera tal que permita la destrucción de la Ley Fundamental. Un poder otorgado por la propia Constitución no puede entenderse como que autoriza la violación de ese instrumento”⁴³.

La Corte Suprema estadounidense sostuvo que ese poder tampoco “puede extenderse tanto como para autorizar lo que la Constitución prohíbe”⁴⁴. Este es el criterio correcto. En el caso “Reid vs. Covert”⁴⁵, la Corte explicó que “ningún tratado puede conferir al Congreso, o a cualquier otra rama del gobierno, un poder tal que lo libere de los límites de la Constitución”⁴⁶. Así se decidió que un tratado celebrado en violación a la Constitución era inválido. En el caso “The Cherokee Tobacco”⁴⁷ la Corte sostuvo con el voto del *Justice* Swayne que “un tratado no puede modificar la Constitución o ser declarado válido si se firmó en violación a ese instrumento. Ello resulta de la naturaleza y principios fundamentales de nuestra forma de gobierno”⁴⁸.

En definitiva, desde la perspectiva constitucional, no existe argumento válido alguno que permita sostener la supremacía del derecho internacional sobre nuestra Constitución. No se trata aquí de “una especie de temor hacia el derecho internacional”⁴⁹, sino de interpretar correctamente las disposiciones constitucionales. Tampoco se trata de desconocer la gran importancia del derecho

Principles and Policies, 2da. ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2002, p. 276; etc.

⁴³ Schwartz, Bernard, *A Commentary on the Constitution of the United States*, The Macmillan Company, Nueva York, 1963, Tomo II; p. 133.

⁴⁴ “Asakura v. City of Seattle”, 265 U.S. 332, p. 341 (1924).

⁴⁵ 354 U.S. 1 (1957).

⁴⁶ 354 U.S. 1, p. 16.

⁴⁷ 78 U.S. 616 (1871).

⁴⁸ 78 U.S. 616, pp. 620 y 621.

⁴⁹ Que Manili injustamente le endilga a Badeni en su tesis doctoral (Manili, Pablo, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 192).

internacional de los derechos humanos, sino de poner nuevamente la cuestión en su quicio constitucional.

Lamentablemente, es la aplicación deformada que la Corte hace de los preceptos incluidos por la reforma de 1994 la que aleja a nuestra Constitución de sus principios básicos y va deformando nuestro ordenamiento constitucional. Esto demuestra claramente que en el caso de la reforma constitucional de 1994, no es su texto el que se aparta de los postulados filosóficos esenciales de nuestro sistema constitucional, sino la interpretación amañada que se realiza de él⁵⁰. Y, como puede apreciarse en este caso de forma elocuente, el precio que pagamos por esos desvíos es muy alto.

IV. El “derecho” al aborto

Además de los errores señalados en los puntos anteriores, una lectura atenta del fallo de la Corte permite develar lo que en la Introducción denominé como un “truco de magia constitucional”. ¿En qué consiste el “truco” en cuestión? En tratar como idénticas a categorías jurídicas completamente distintas y, de esta forma, convertir una causal de no punibilidad de un delito en un derecho constitucional. En efecto, sin ningún tipo de argumentación, la Corte deriva de la excusa absolutoria del delito de aborto, prevista

⁵⁰ Esto es producto solamente de las preferencias personales de ciertos operadores jurídicos. Al respecto, resulta ilustrativo el artículo de Bidart Campos, Germán J., “Cuando algo parece inconstitucional en la reforma de 1994”, en *A una década de la reforma constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 106. Luego de reconocer que la ley 24.309 estableció un tope impeditivo que “preservó de toda modificación a los primeros 35 artículos del texto [de la Constitución Nacional] en vigor cuando se llevó a cabo la reforma”, el autor sorprende al afirmar que la Convención Constituyente “no contó con parámetro alguno que le pusiera cortapisas” a la hora de tratar el tema de la jerarquía de los tratados. Más sorprendente aún es su afirmación de que la reforma de 1994 “hubiera podido conferir a los tratados un rango supraconstitucional”. De ser así, los tratados habrían podido modificar a las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución, en violación de la referida prohibición expresa de la ley declarativa de necesidad de la reforma.

en el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal, la existencia de un derecho constitucional a la interrupción del embarazo en caso de violación.

No creo que esa confusión haya sido deliberada. De hecho, la sentencia contiene numerosas referencias al “aborto no punible” (Considerandos 2°, 4°, 6°, 8°, 9°, 11°, 14°, etc.). Sin embargo, a partir del Considerando 19°, la Corte se descuida y empieza, de forma progresiva y sorpresiva, a hablar del “derecho a obtener la interrupción de un embarazo” (Considerando 19°), del “derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras” (Ídem), del “derecho que le asiste a la interrupción del mismo” (Considerando 21°), del “derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2°, del Código Penal” (Considerando 23°), etc.

De esta forma, en un verdadero acto de prestidigitación constitucional, la Corte convierte a una “causal de no punibilidad” en un “derecho expresamente reconocido por el legislador” (ambas referencias en el Considerando 23°). Con este giro lingüístico completamente injustificado, de una excusa absolutoria de un delito la mayoría deriva la existencia de un derecho reconocido por el legislador. ¿De qué forma es que esa “causal de no punibilidad” se convierte en un derecho? La Corte no lo explica.

El acto de “magia”, además, tiene doble alcance. La Corte no afirma la existencia de ese “derecho” basándose en norma constitucional alguna, sino que sostiene que el mismo fue “otorgado” por el legislador (Considerando 24°). Nuevamente, la mayoría trata como idénticas a dos categorías distintas: asumiendo que el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal hubiera realmente otorgado efectivamente un derecho por vía legal, cosa que no hizo, no es lo mismo un derecho legal que un derecho constitucional. La Corte no lo entiende así. Por el contrario, afirma que “cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de

la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición de quien solicita la práctica las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura” (Considerando 25°). O sea que la excusa absoluta se convierte en una prestación de carácter obligatoria y universal, indistinguible de un “derecho de jerarquía constitucional”, y, además, a cargo del Estado. De esta forma, la mayoría agrega que “**aun cuando legal en tanto despenalizado**, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a **la mencionada prestación** que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama” (Considerando 25°, énfasis agregado). ¿De qué forma es que un “derecho legal”, supuestamente otorgado por el legislador, se convierte en una “prestación” asimilable a un derecho constitucional? Asumiendo que ese derecho constitucional al aborto exista, ¿porqué tiene que ser subsidiado y garantizado por el Estado? La Corte tampoco lo explica.

El error en el que incurre la mayoría de la Corte es demasiado evidente y se puede probar por vía del absurdo. Siguiendo el razonamiento de la mayoría, de la legítima defensa, que también es una causal de no imputabilidad de un delito, podríamos derivar el derecho a lesionar o matar a quien nos agrede y a exigir que el Estado garantice el acceso a las armas o condiciones seguras para ejercer ese derecho. O, en el caso de los menores, de la causal de no punibilidad prevista en el artículo 1° de la Ley 22.278⁵¹, podríamos derivar, en las mismas condiciones, un derecho a delinquir para los menores de 16 años.

En definitiva, aunque suene peyorativo, la Corte intenta un truco de magia constitucional que tiene como resultado hacer “aparecer” el derecho al aborto, que no está expresamente contemplado

⁵¹ “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad” (A.D.L.A., t. XL-C, p. 2573, modificado por Ley 22.803 [A.D.L.A., t. XLIII-B, p. 1354]).

en ninguna norma en nuestro país, y hacer “desaparecer” el derecho a la vida de la persona por nacer que sí está expresa e implícitamente garantizado por nuestro sistema legal y constitucional.

Y todo ello en medio de un espeso silencio en cuanto a una de las cuestiones centrales para el análisis constitucional: el status de la persona por nacer. En este último sentido, no deja de llamar la atención el análisis parcial, sesgado e incompleto que la mayoría de la Corte hace al invocar “la dignidad de las personas” y el principio de inviolabilidad, “que las consagra como un fin en sí mismas y [que] proscribe que sean tratadas utilitariamente”⁵². Esta observación de raíz kantiana, se hace únicamente en favor de las víctimas de una violación, pero sin mención alguna a las personas por nacer. ¿Cuál es el fundamento de esa omisión? La Corte tampoco lo explica. Esa grave omisión en el voto mayoritario sugiere que el por nacer no es una persona y que, por ende, carece de dignidad.

Teniendo en cuenta su gravedad, esta última cuestión merece una reflexión adicional: en el mismo considerando en el que la mayoría de la Corte se refiere a “las importantes cuestiones constitucionales” a ser tratadas en “F., A.L.”⁵³, se hace una referencia al célebre “Roe v. Wade”⁵⁴. En ese caso, la Corte norteamericana sostuvo claramente que, bajo el derecho estadounidense, el feto o “no nacido” (*unborn*) no podía ser considerado una “persona”. Reconoció, además, que si ese carácter de persona pudiera ser establecido, la cuestión a resolver sería sencilla ya que las leyes que restringieran el aborto serían, obviamente, constitucionales⁵⁵.

⁵² Considerando 16º) del fallo “F., A. L.”.

⁵³ Considerando 5º) del fallo “F., A. L.”.

⁵⁴ 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁵ “The appellee and certain *amici* argue that the fetus is a ‘person’ within the language and meaning of the Fourteenth Amendment. In support of this, they outline at length and in detail the well known facts of fetal development. **If this suggestion of personhood is established, the appellant’s case, of course, collapses, for the fetus’ right to life would then be guaranteed specifically by the Amendment**” (410 U.S. 113, pp. 156 y 157, énfasis agregado).

Cualquiera que haya estudiado mínimamente los furiosos debates que se suscitaron en los Estados Unidos después de dictado este caso, puede apreciar sin mayor esfuerzo que la negación del carácter de “persona” al por nacer, con la consiguiente negación de derechos, es uno de los puntos más débiles y discutidos del voto elaborado por Harry Blackmun. Tan es así que se ha llegado a asimilar la afirmación de que “un feto no es una persona” en “Roe” con uno de los peores casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “Dred Scott v. Sanford”⁵⁶, en el que se afirmó que un esclavo “no era un ciudadano o una persona bajo la Constitución”⁵⁷.

Las diferencias en este punto entre el sistema norteamericano y el argentino son evidentes. Por un lado, el carácter y la existencia de la “persona” por nacer están reconocidos expresamente en los artículos 63 y 70 del Código Civil. Por el otro, la Ley 23.849 sostiene claramente que el término “niño” en la Convención de los Derechos del Niño comprende “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”⁵⁸. En consecuencia, aun bajo los parámetros de “Roe v. Wade”, la postura de la mayoría en “F., A. L.” resulta inadmisibles.

La negación implícita del carácter de “persona” y, peor aun, del carácter de “ser humano” que todos adquirimos desde el momento de la concepción, conlleva un peligro evidente: el que sea la propia autoridad la que pueda desconocer quiénes podemos ser considerados dignos de protección constitucional. Ello trae aparejado, lógicamente, la negación de todo derecho cons-

⁵⁶ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

⁵⁷ Cfr. Woodward, Bob y Armstrong, Scott, *The Brethren. Inside the Supreme Court*, Simon & Schuster, Nueva York, 1979, p. 288.

⁵⁸ Fuera de la cuestión normativa que señalo, cabe reconocer que el concepto “persona” puede ser considerado como ambiguo y que ha dado lugar a diversas interpretaciones. No puede decirse lo mismo del concepto “ser humano”. La cuestión merecería de por sí un trabajo completo y separado.

titucional⁵⁹. Aunque duela decirlo, esa misma lógica raya con la desplegada por el antisemitismo⁶⁰. Por eso, la imprudencia del voto mayoritario en “F., A. L.” resulta asombrosa: pese a que nuestro sistema legal y constitucional reconoce expresamente que se es persona y ser humano desde la concepción en el seno materno, y que para dirimir la cuestión constitucional se trataba de un punto clave para el fallo, la mayoría de la Corte no dice nada al respecto. De esa pesada omisión y de las referencias a la dignidad e inviolabilidad de la persona en el Considerando 16° del fallo, se deduce, forzosamente, que para la mayoría de la Corte las personas por nacer carecen de dignidad, no tienen derecho alguno que las ampare y pueden ser tratadas utilitariamente, como si fueran una cosa. Puede que esa sea la convicción personal de los integrantes de la mayoría, pero su propio silencio impide saber cuál es el fundamento constitucional que les permitiría arribar a semejante conclusión⁶¹.

V. La implícita y sesgada aplicación de la doctrina del “undue burden”

Contrariamente a lo que suele ocurrir en otros casos de importancia, el voto mayoritario de la Corte no remite en apoyo de su decisión a fallos de tribunales extranjeros, sino que se basa casi de

⁵⁹ Arkes, Hadley, *Natural Rights and the Right to Choose*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004, p. 32.

⁶⁰ Cfr. Neumann, Franz, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, Ivan R. Dee, Chicago, 2009, p. 121.

⁶¹ En este aspecto, me parece mucho más honesta la postura de la Dra. Carmen Argibay que reconoce que en el caso se estaba “en presencia de un severo conflicto de intereses” (Considerando 13°), de su voto). Eso no implica compartir el análisis posterior que la Dra. Argibay efectúa en relación con la compatibilidad o no entre el artículo 86 del Código Penal y la Constitución Nacional. Lo mismo puede decirse del voto de Petracchi (Considerando 9°, de su voto).

forma exclusiva en diversas fuentes de derecho internacional. La única referencia directa a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se encuentra, como ya mencionamos, en el Considerando 5° en el que se cita el célebre caso “Roe v. Wade”. Sin embargo, una atenta lectura del voto de la mayoría sugiere que la Corte intenta aplicar el llamado “undue burden test” desarrollado en los Estados Unidos a partir del caso “Planned Parenthood v. Casey”⁶² y consolidado en “Stenberg v. Carhart”⁶³. Aunque no tiene contornos precisos, el “undue burden test” se aplica en materia de aborto para determinar si una determinada regulación estatal es o no permisible⁶⁴. Dependiendo del propósito y efecto que esa regulación tenga en relación con el derecho a abortar, la normativa puede ser o no invalidada en sede judicial⁶⁵. El punto central está en determinar cuándo esa normativa genera un obstáculo no permitido al ejercicio del derecho a abortar.

Aunque la mayoría no cite directamente estos casos, lo cierto es que la doctrina del “undue burden” sobrevuela los Considerandos 23° a 29° en los que la Corte se refiere a la necesidad de evitar que se interponga “un vallado extra” a la aplicación de la causal de no punibilidad (Considerando 23°), o “un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar” (Considerando 24°), o una “barrera al acceso de los servicios de salud” (Considerando 24°, in fine), o unos “obstáculos médico-burocráticos o judiciales” (Considerandos 25°, o una “barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana” (Considerando 27°).

⁶² 505 U.S. 833 (1992).

⁶³ 530 U.S. 914 (2000).

⁶⁴ Cfr. Chemerinsky, *Constitutional Law...*, p. 798 y sgtes.

⁶⁵ Para una interesante crítica al respecto, ver Brownstein, Alan, “How Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine”, en *Hastings Law Journal*, Tomo 45, p. 867 (1994).

La aplicación del “undue burden” que la mayoría intenta desplegar en su voto tiene, al menos, cuatro diferencias centrales con el test norteamericano: (i) como el derecho a abortar no existe como tal en el sistema constitucional argentino, el test resulta inaplicable; (ii) aun en países como Estados Unidos, en donde la protección del derecho al aborto tiene ya largos años, la jurisprudencia norteamericana reconoce también la importancia del interés estatal en desalentar el aborto; (iii) algunas de las medidas de regulación que nuestra Corte pretende limitar en el Considerando 29^{o66}, son aceptadas en los Estados Unidos; y (iv) la Corte Suprema de los Estados Unidos ha dicho en reiteradas ocasiones que el gobierno no está obligado a subsidiar el ejercicio del derecho al aborto y también ha aceptado regulaciones en las que se prohibía el uso de empleados y hospitales públicos para la asistencia y práctica de abortos, salvo en caso de riesgo de vida para la madre⁶⁷.

Nada de lo expuesto implica aceptar que se apliquen en nuestro país esos estándares judiciales desarrollados en el país del norte en una materia en la que, como ya hemos expuesto, las diferencias entre ambos sistemas son muy claras. Sin embargo, no puedo dejar de señalar que el voto de la mayoría propone una defensa mucho más amplia del derecho a abortar en casos de violación que la que se brinda aun en países como los Estados Unidos, en los que el aborto se encuentra largamente consolidado debido a la negación del carác-

⁶⁶ “Corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida” (Considerandos 29°) del fallo “F., A. L.”).

⁶⁷ Cfr. Chemerinsky, *Constitutional Law...*, p. 808 y sgtes.

ter de “persona” al por nacer⁶⁸. Ese celo judicial, que se despliega en favor del inexistente derecho al aborto, es directamente proporcional al empeño que la mayoría pone en desconocer el derecho a la vida de las personas por nacer. Este derecho sí existe y está expresamente reconocido, pero se lo denigra hasta el punto de considerarlo insignificante. Por eso es que me atrevo a tildar a este fallo del “Roe v. Wade” argentino y a vaticinar que el mismo será utilizado para abrir las puertas de la legalización del aborto en nuestro país.

Conclusión

“F., A. L.” es una muy mala decisión. Contrariamente a lo que ocurre con el derecho a la vida de las personas por nacer, el derecho al aborto que la Corte pretende defender no surge ni de forma explícita, ni de forma implícita de la Constitución Nacional, ni de los instrumentos internacionales a los que ésta les asigna jerarquía constitucional. El fallo es preocupante no sólo porque no tiene basamento sólido alguno en el derecho constitucional argentino, sino porque lo contradice abiertamente. En una materia tan delicada como el aborto, la Corte debió haber dado un tratamiento más serio a las “importantes cuestiones constitucionales” que pretendía dilucidar.

Nada de lo hasta aquí expuesto pretende minimizar el impacto que puede sufrir en sus derechos constitucionales más básicos una mujer violada que, además, queda embarazada producto de esa violación. Nadie puede desconocer los derechos constitucionales de esa mujer, víctima de un delito tan aberrante. Pero ello

⁶⁸ El voto de la mayoría llega a considerar indispensable “que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación” (Considerandos 31°) del fallo “F., A. L.”). La Corte parece olvidar que su rol no es el de legislar. Una debilidad más del fallo.

no implica negar que, aun cuando haya sido fruto de una violación, ese embarazo conlleva la aparición de una nueva persona, un nuevo ser humano, también sujeto de derechos constitucionales y cuya potencialidad de vida resulta innegable. Probablemente no exista una solución correcta desde el punto de vista constitucional para dirimir el conflicto entre los derechos constitucionales de la mujer violada que pretende terminar con el embarazo y el de los de la persona por nacer. Sin embargo, y ya entrando en cuestiones de índole moral, entiendo que Bianchi tiene razón cuando afirma que el aborto no soluciona el problema de la mujer violada⁶⁹. Y, por esa misma razón, creo que el día en que los avances científicos permitan que una persona en gestación pueda ser viable fuera del vientre materno en sus primeras semanas de vida, no habría fundamento válido para la existencia de ninguna clase de aborto.

Aunque se afirme lo contrario, la postura asumida por la mayoría en el fallo “F., A. L.” deja abierta la puerta para que cualquier aborto sea considerado no punible en el futuro. No sólo por vía de decisión judicial, invocando el análisis sesgado e incorrecto que la mayoría de la Corte hace en relación con el derecho internacional, sino también a través de una simple ley del Congreso. Por lo demás, conforme surge del fallo, basta una declaración jurada de que el embarazo que se quiere terminar es producto de una violación para que el aborto pueda ser practicado sin consecuencia penal alguna. La importancia del tema, insisto, ameritaba un tratamiento

⁶⁹ “Reparemos en qué es lo que el aborto *borra* de la violación y qué es lo que no borra. Si con el aborto la mujer pudiera borrar toda huella de la violación, esto es, si pudiera olvidar por completo el momento como si este no hubiera ocurrido, si pudiera restaurar completamente el daño físico y psíquico que se le infligió; en otros términos, si el aborto borrara hasta la última huella de ese desgraciado suceso, incluso el fruto de la violación, no dudaría en considerar que el aborto es una solución que compensaría los derechos de la mujer violada con los de su futuro hijo. Pero sabemos perfectamente que el aborto borra de la violación únicamente al ser en gestación. No restaura ni el daño físico ni el psíquico que la mujer haya sufrido. Al contrario, agrega un sufrimiento más: el de haber abortado. Sabemos perfectamente que toda mujer al abortar, aun cuando lo haga por estricta conveniencia y bajo el mejor de los controles sanitarios, sufre psíquicamente. ¿Tiene sentido entonces el aborto?” (Bianchi, Alberto B., *En contra del aborto. Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 120 y 121).

más cuidado de las distintas cuestiones constitucionales en juego. Y, en este punto, los déficits de la sentencia son hartamente evidentes.

Por otro lado, a pesar del declamado intento del fallo de poner fin a la práctica de judicializar este tipo de situaciones, el esfuerzo será probablemente infructuoso ya que hay casos que van a seguir generando dudas. A modo de ejemplo, a pesar de que la Corte no dice nada sobre el punto, se puede plantear una hipótesis perfectamente posible: ¿qué pasa si una mujer embarazada de cinco meses se presenta en un hospital público alegando que su embarazo es producto de una violación? ¿Qué pasa si del análisis médico surge que la persona por nacer podría ser viable fuera del seno materno? ¿Se debe permitir el aborto, sin más? Del mismo modo, la regulación que la Corte reclama, fijando determinadas pautas a seguir, generará con seguridad futuros litigios, de un lado y del otro.

En su veto a la Ley de Despenalización del Aborto sancionada en 2008, el entonces presidente de la República Oriental del Uruguay, Tabaré Vázquez, afirmaba que “la legislación no puede desconocer la realidad de la existencia de vida humana en su etapa de gestación, tal como de manera evidente lo revela la ciencia. La biología ha evolucionado mucho. Descubrimientos revolucionarios, como la fecundación *in Vitro* y el ADN con la secuenciación del genoma humano, dejan en evidencia que desde el momento de la concepción hay allí una vida humana nueva, un nuevo ser. Tanto es así que en los modernos sistemas jurídicos –incluido el nuestro– el ADN se ha transformado en la ‘prueba reina’ para determinar la identidad de las personas, independientemente de su edad, e incluso, en hipótesis de devastación, o sea, cuando prácticamente ya no queda nada del ser humano, aun luego de mucho tiempo. El verdadero grado de civilización de una nación se mide en cómo se protege a los más necesitados. Por eso se debe proteger más, a los más débiles. Porque el criterio no es ya el valor del sujeto en función de los afectos que suscita en los demás, o de la utilidad

que presta, sino el valor que resulta de su mera existencia”⁷⁰. Esa advertencia al legislador es aplicable también a los jueces, que tampoco pueden desconocer la existencia de un ser humano con potencial de vida en el vientre de una mujer embarazada. Sea o no producto de una violación. Máxime en el caso argentino, en el que tanto esa existencia como el carácter de persona están expresamente reconocidos por el ordenamiento legal y constitucional.

Las debilidades, omisiones y errores del fallo “F., A. L.” en materia constitucional confirman en este caso la opinión que el Chief Justice Charles Evans Hughes hacía a un joven William Orville Douglas: “Justice Douglas, Usted debe recordar una cosa. Al nivel constitucional donde nosotros trabajamos, el noventa por ciento de cualquier decisión es emocional. Nuestra parte racional nos provee las razones para apoyar nuestras predilecciones”⁷¹. Las emociones de los jueces, sin embargo, no los habilitan a ponerse por encima de la Constitución, ni a hacerle decir a ésta lo que no dice, ni a derogarla so pretexto de cumplirla, tal como pretendió hacer la Corte en “F., A. L.”.

⁷⁰ Ver http://archivo.presidencia.gub.uy/Web/proyectos/2008/11/s511_00001.PDF (última visita, 20 de marzo de 2012).

⁷¹ Douglas, William Orville, *The Court Years. 1939-1975. The Autobiography of William O. Douglas*, Random House, Nueva York, 1980, p. 8.