

EXIGENCIAS DE LA RAZONABILIDAD  
PRÁCTICA RESPECTO DEL BIEN BÁSICO  
ABSOLUTO DE LA VIDA

ANÁLISIS A PARTIR DE UN CASO DE LA JURISPRUDENCIA  
ARGENTINA

Silvia MARRAMA

“¿Quién no advierte la consumada suavidad con que la cuestión es evitada por muchos de los que escriben sobre los derechos?”<sup>1</sup>

“No se trata de asumir posiciones represoras o de moralidad teológica, sino de “tomar en serio” el derecho a la vida”.<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El caso*. III. *Las citas de Natural Law and Natural Rights*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Los trabajos de John Finnis son escasamente mencionados por los jueces argentinos, pese a su indudable profundidad y a su influencia en la cultura jurídica de los últimos treinta años.<sup>3</sup> El hecho apuntado obedece, quizá, a que

<sup>1</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Estudio preliminar realizado por Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 252.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en “INSAURRALDE, MIRTA —ABORTO PROVOCADO— SOBRE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD” (expediente CSJ, núm. 1105, año 1996), registro: A y S t 148 p 357-428, del 12 de agosto de 1998. Voto del doctor Vigo, Cons. 5 de la segunda cuestión.

<sup>3</sup> Bases de datos consultadas: El derecho on line, <http://www.elderecho.com.ar/>, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), Delta Editora on line, <http://www.deltaeditora.com.ar/portada/>. Último acceso 11 de noviembre de 2011.

los aportes centrales del profesor australiano han sido sobre filosofía jurídica, ética e incluso, hasta cierto punto, filosofía política, más que sobre aplicaciones concretas al ámbito de la praxis, y, en partes iguales, a las dificultades con las que no pocas veces se encuentran los jueces para acceder a bibliografía extranjera.<sup>4</sup> De modo paralelo, asistimos a una importante difusión internacional de los trabajos de Finnis, algunos de los cuales constituyen, según aceptan incluso quienes no comparten buena parte de sus tesis, un auténtico “hito intelectual”.<sup>5</sup>

Las únicas dos sentencias encontradas son: la que se analiza en esta comunicación (cfr. nota 2) y SIMÓN JULIO HÉCTOR Y OTROS - PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD ETC. -CAUSA núm. 17.768- (expediente CSJN S. 1767. XXXVIII), del 14 de junio de 2005, en [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp) Último acceso 8 de noviembre de 2011.

<sup>4</sup> El hecho de que las bibliotecas de algunas universidades no cuenten con ejemplares de libros del autor mencionado seguramente contribuye a la situación descrita. Baste comentar que la Biblioteca de la Universidad Nacional del Litoral, no cuenta entre sus libros —al 11 de noviembre de 2011— con algún ejemplar del libro cuya segunda edición motiva estas Jornadas. Para dimensionar la importancia de la Biblioteca, baste leer la información que provee la web oficial: “Red de Bibliotecas: La Universidad posee un fondo bibliográfico amplio y diverso que comprende a todas las áreas del conocimiento. La Red de Bibliotecas de la UNL está conformada por las bibliotecas de todas las facultades, institutos, escuelas superiores y de enseñanza media y por la biblioteca pública y popular “Dr. José Gálvez”. En algunos casos existen bibliotecas centralizadas, que son compartidas por más de una institución, lo que posibilita el acceso a un fondo bibliográfico más vasto”, <http://www.unl.edu.ar/eje/198>, último acceso 11 de noviembre de 2011. “En el año 1829 se crea la Biblioteca Pública de la Universidad Provincial de Santa Fe, que en 1896 se transforma en Biblioteca Central de la Universidad. Ésta, en 1932 se convierte en Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales... La Biblioteca Pablo Vrillaud... se destaca, por la imponente estructura edilicia, acompañada de casi un volumen de 200 000 ejemplares entre libros, publicaciones periódicas y materiales audiovisuales... La mediateca es una sección que contiene acceso a bases de datos de las diferentes publicaciones extranjeras, cuyo servicio para investigadores está disponible. También a partir de la creación del Módulo Jean Monnet, la bibliografía y publicaciones cuya temática aborda las comunidades europeas y unión europea funciona en la Facultad”, <http://www.fejs.unl.edu.ar/biblioteca/>, último acceso 11 de noviembre de 2011).

La búsqueda en la base de datos virtual que contiene el catálogo de los libros de la biblioteca arroja sólo dos resultados con la expresión “John Finnis” (cfr. <http://www.fejs.unl.edu.ar/cgi-bin/wwwisis/%5Bin=eds5.in%5D>, último acceso 11 de noviembre de 2011):

1. Autor: Finnis, John. Título: Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales. Título pub: Iusnaturalismo actual Publicación: Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. Pertenece a: Biblioteca de la Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales. Solicitar por: 340.12 M 384 C 734 i SALA. Tipo de préstamo: de consulta.

2. Autor: Vigo, Rodolfo Luis, hijo. Título pub: Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Willey, Alexy, Finnis, Vol. Tomo único. Publicación: 2a. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.-410 p. Nro de inventario: 108819. Pertenece a: Biblioteca de la Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales. Solicitar por: 340.12 V 68 p.i.c. SALA. Tipo de préstamo: de consulta.

<sup>5</sup> Orrego S., Cristóbal, “Estudio preliminar”, en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *ibidem*, p. 16.

De entre las dos sentencias argentinas halladas que citan *Natural Law and Natural Rights* —el libro del profesor Finnis cuyo estudio de la segunda edición constituye el objeto de estas jornadas—, particularmente se analizará la que versa sobre el delito de aborto,<sup>6</sup> cuya pertinencia es evidente en estos días, toda vez que desde distintos ámbitos se promueve su despenalización —me refiero a los ámbitos jurisprudencial,<sup>7</sup> doctrinario y legislativo,<sup>8</sup> generalmente con liviandad en el análisis de sus consecuencias sociales—. <sup>9</sup>

En la presente comunicación, entonces, se analizarán las relaciones existentes entre las exigencias de la razonabilidad práctica enunciadas por el profesor Finnis en *Natural Law and Natural Rights* respecto del bien básico absoluto de la vida, a la luz de dos citas jurisprudenciales realizadas en una sentencia argentina sobre el delito de aborto.

## II. EL CASO<sup>10</sup>

Surge de las constancias de la causa que el 26 de febrero de 1994, la policía inició actuaciones en virtud de una comunicación efectuada por la doctora M. C., médico residente del Hospital Centenario de la ciudad de Rosario, quien informara el ingreso a esa institución de M. I., con un

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en “INSAURRALDE, MIRTA —ABORTO PROVOCADO— SOBRE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD” (expediente CSJ, núm. 1105, año 1996), Reg: A y S t 148 p 357-428, del 12 de agosto de 1998.

<sup>7</sup> Marrama, Silvia, “A diez años del primer intento pretoriano: consideraciones sobre un fallo «del reino del revés»”, en *ED*, [243] - (18 de julio de 2011, nro 12.793).

<sup>8</sup> A la fecha de la presente redacción, los proyectos de ley a favor de la cobertura de las técnicas de fecundación por parte del sistema de salud argentino están en condición de ser tratados en el recinto por la Cámara de Diputados en pleno (*cf.* Boletín electrónico Notivida, año XI, núm. 788, 9 de noviembre de 2011, en [www.notivida.org.ar](http://www.notivida.org.ar), último acceso 10 de noviembre de 2011). El proyecto de despenalización de filicidio ya cuenta con media sanción por parte de la Cámara de Diputados (*cf.* Notivida, año X, núm 732, 9 de septiembre de 2010, en [www.notivida.org.ar](http://www.notivida.org.ar), último acceso 10 de noviembre de 2011); y los proyectos que establecen el “derecho al aborto”, están siendo tratados en la Comisión de Legislación Penal de la misma Cámara (*cf.* Notivida, año XI, núm. 784, 1 de noviembre de 2011, en [www.notivida.org.ar](http://www.notivida.org.ar), último acceso 10 de noviembre de 2011).

<sup>9</sup> “El peor enemigo de la paz es el aborto, porque es una verdadera guerra, un verdadero crimen, un verdadero crimen que la misma madre realiza... Este es el peor enemigo de la paz hoy en día. Si una madre puede matar a su propio hijo, qué nos queda a nosotros: bien pueden ustedes matarme ... o yo matarlos, ya que nada nos une...” (Madre Teresa de Calcuta, en ocasión de recibir el Premio Nobel de la Paz, en 1979), *cit.* en Voto del doctor Vigo, Cons. 5, segunda cuestión.

<sup>10</sup> Recomendamos la lectura de Sodero, Eduardo R., “Aborto, secreto y argumentación jurídica judicial - Nota a Fallo”, en *ED* 179-192, para acceder a una sistematización de los argumentos del voto del doctor Vigo en el fallo que comentamos.

cuadro de aborto provocado. Oportunamente, el juez de primera instancia, resolvió procesarla por la probable comisión del delito de aborto provocado (*cf.* artículo 88 del Código Penal Argentino). Su defensora solicitó la suspensión del juicio a prueba (*cf.* artículo 76 bis del Código Penal), petición que fue rechazada por el juez.

Apelada la decisión del juez, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Rosario, el 26 de diciembre de 1995, resolvió declarar la nulidad de lo actuado respecto de la imputada (con fundamento en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 18, 21, 953 y concordantes del Código Civil; 88 y 156 del Código Penal y 161, 164, 166 y concordantes del Código Procesal Penal) por entender que la persecución penal no había sido válidamente ejercitada, en razón de que la actividad jurisdiccional se había instado en virtud de una comunicación hecha a la autoridad policial por parte de la profesional del arte de curar interviniente, quien habría realizado una denuncia antijurídica, al violar su deber de guardar secreto profesional.

El caso llega a la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe mediante un recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa de la imputada. La Corte Suprema Provincial entendió que la sentencia de la Cámara no había cumplido con el imperativo de fundamentación suficiente que deben tener las resoluciones emanadas del órgano judicial (*cf.* artículo 95 de la Constitución provincial), al haber realizado una simple remisión a disposiciones normativas de segundo nivel —códigos penal y procesal penal— con prescindencia u olvido de los principios constitucionales y convencionales (o normas de primer nivel) invocados en la presentación del recurso de inconstitucionalidad, y cuya consideración pudo incidir en la solución del caso.<sup>11</sup> Es decir, la Cámara no habría realizado una “ponderación (*balancing*)”,<sup>12</sup> “una concreta labor de ponderación racional, que realizara una justa composición entre los derechos aquí comprometidos atendiendo a las circunstancias fácticas de la causa”,<sup>13</sup> más allá de que “también ha existido por parte del *a quo* una equivocada interpretación de las normas de derecho común, tanto de fondo como de procedimiento —artículos 88, 156 y 277 del CP y 180 del Código Procesal Penal de Santa Fe—, que hacen que di-

<sup>11</sup> Voto del doctor Barraguirre, primera cuestión.

<sup>12</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 6 de la segunda cuestión.

<sup>13</sup> Voto del doctor Barraguirre, Cons. 3 de la segunda cuestión.

En realidad, no existen —a nuestro juicio— conflictos entre derechos sino simplemente entre pretensiones de los litigantes. Para profundizar el tema véase Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Edit. Ad Hoc, 2007. Prólogo a cargo de Pedro Serna.

cha resolución no sea una derivación razonable del derecho vigente”.<sup>14</sup> En consecuencia, resolvió declarar procedente el recurso interpuesto y anular la sentencia impugnada, remitiendo el expediente a la Cámara a fin de un nuevo juzgamiento de la causa.

### III. LAS CITAS DE *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS*

Se analizarán dos citas que se utilizaron para fundamentar la sentencia reseñada, ambas presentes en el voto del juez Rodolfo Vigo.

#### 1. *La vida como uno de los “bienes humanos básicos”*

La primera cita se encuentra en el siguiente párrafo:

La nulidad de todo lo actuado, decretada por el *a quo*, resulta de suma y significativa gravedad, toda vez que, con sustento en un mal entendido respeto al derecho a la intimidad, “en el caso se ha venido a tornar prácticamente imposible la persecución penal de graves delitos de acción pública en cuya represión debe manifestarse la preocupación del Estado como forma de mantener el delicado equilibrio entre los intereses en juego en todo proceso penal” (*efr.* causa ‘Z. D.’, *cit.*), más aún cuando el delito en cuestión se vincula —reitero— con la protección debida al derecho a la vida, que constituye uno de los “bienes humanos básicos” (*efr.* Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 86).<sup>15</sup>

Véase el contexto en el que se inserta la cita que se hace en el caso. En la primera edición del libro, el desarrollo de las formas básicas del bien humano se encuentra en el acápite IV.2 y siguientes. Las formas básicas de bien para nosotros son, según Finnis:<sup>16</sup> la vida, el conocimiento, el juego, la

<sup>14</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 2 de la segunda cuestión.

<sup>15</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 9 de la segunda cuestión.

<sup>16</sup> “Más importante que la descripción y el número preciso de estos valores es el sentido en que cada uno es básico. En primer lugar, cada uno es una forma de bien igualmente evidente. En segundo lugar, ninguno puede ser reducido analíticamente a ser sólo un aspecto de alguno de los otros, o a ser meramente instrumental en la búsqueda de cualquiera de los otros. En tercer lugar, cada uno, cuando nos concentramos en él, puede razonablemente ser considerado como el más importante. De ahí que no hay una jerarquía objetiva entre ellos”. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *ibidem*, p. 123.

La Corte Suprema argentina ha reconocido esto mismo en diversas sentencias. Ha dicho, en una de ellas, que “el respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter

experiencia estética, la sociabilidad (amistad), la razonabilidad práctica y la religión.<sup>17</sup> Los primeros principios evidentes —que son “pre-morales”—<sup>18</sup>

instrumental”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* Bahamondez, Marcelo, en ED, 153-249; Fallos 316:479. *Cit.* por Vigo, Cons. 7 de la segunda cuestión.

Cabe aquí transcribir la explicación del profesor Orrego sobre la no jerarquización objetiva entre los bienes básicos, ya que “ha sido negada tanto desde el campo tradicional tomista como desde la perspectiva utilitarista, proporcionalista o consecuencialista”. Finnis considera que no existe una jerarquización objetiva entre estos bienes —debido a su incommensurabilidad— en lo que respecta precisamente a su bondad intrínseca como valores. “Sostiene que los primeros principios de la razón práctica —también el principio primerísimo en que todos los demás se fundan: *bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*— y los correspondientes bienes humanos básicos son evidentes de suyo (*per se nota*) y no requieren demostración, aunque sí experiencia pues no son innatos. Los bienes o valores básicos, a fuer de evidentes, son igualmente primarios e incommensurables entre sí, es decir, ninguno es más básico que los otros y no existe una escala uniforme que permita medir los valores básicos en términos de algún bien todavía más básico con el fin de subordinar o sacrificar unos valores en aras de los mayores. Por eso no es posible establecer una jerarquía objetiva de valor entre los bienes básicos, aunque sí caben jerarquizaciones y ordenaciones diversas de los bienes básicos según la pluralidad de formas de realizar en concreto el ideal de la vida buena o de la plena realización humana (eudaimonía)... En lo particular, el pensamiento de Finnis no se opone a la ordenación tomista de los principios de la ley natural según el orden de las inclinaciones naturales; sólo la armoniza con el carácter “primero” e inderivado de todos los primeros principios de la ley natural, y le niega consecuencias morales en términos de sacrificar unos bienes por otros... Esto no significa que el agente moral no pueda o no deba establecer jerarquías entre los bienes a la hora de diseñar su plan de vida... pero esas jerarquías no responden a diferencias entre valores básicos sino a diferentes elecciones de su combinación en una vida humana limitada... Además, pueden naturalmente establecerse diversos órdenes o jerarquizaciones entre los bienes humanos —básicos o no— según diferentes criterios compatibles con la afirmación de que los bienes básicos son igualmente primarios y evidentes de suyo. Así, por ejemplo, puede decirse que la vida es una precondición de todos los demás bienes...” (Orrego S., Cristóbal, “Estudio preliminar”, en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *cit.*, pp. 17, 19-21), afirmación que reviste especial importancia para el análisis de la sentencia que nos ocupa.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 117-121.

“Aparte de la vida, el conocimiento... hay innumerables objetivos y formas de bien. Pero sugiero que, al analizarlos, se verá que estos otros objetivos y formas de bien son maneras o combinaciones de maneras de buscar (no siempre con sensatez) y de realizar (no siempre con éxito) una de las siete formas básicas de bien, o alguna combinación de ellas. Además, hay innumerables aspectos de la autodeterminación y de la autorrealización humanas aparte de los siete aspectos básicos que he enumerado... Asimismo, aunque la búsqueda de los valores básicos es psicológicamente posible gracias a las correspondientes inclinaciones e impulsos de la propia naturaleza, hay no obstante muchas inclinaciones e impulsos que no corresponden a ni sostienen ningún valor básico: por ejemplo, la inclinación a tomar más de lo que a uno le corresponde”. *Ibidem*, pp. 121 y 122.

<sup>18</sup> “Los primeros principios de la “ley natural” —el primero (*bonum faciendum...*) y los correspondientes a los bienes básicos— no son “morales” sino “pre-morales”, porque apuntan a bienes humanos que son objeto tanto de las elecciones buenas como de las malas. En pocas palabras, la existencia de elecciones libres de conductas moralmente malas, pero de todos

corresponden a la captación de los bienes humanos básicos —que también son evidentes—; y su tránsito a las reglas morales concretas, que no son evidentes de suyo (*v.gr.* los diez mandamientos), se da mediante la aplicación de modos de razonamiento práctico —denominados por el profesor de Oxford “exigencias básicas de la razonabilidad práctica”—,<sup>19</sup> que pertenecen al campo “moral” y que desarrollaremos en el punto siguiente.

Cada uno de los valores básicos —según Finnis— es fundamental, se expresa en un principio práctico,<sup>20</sup> es un bien primario, indemostrable, evidente y no derivable.<sup>21</sup> Finnis lo confirma en otra de sus obras:

Las proposiciones acerca de los bienes humanos primarios (*secundum se*) no son derivadas de proposiciones acerca de la naturaleza humana o de cualquier otra proposición de la razón especulativa; tal como lo dice el Aquinate con la máxima claridad, y nunca dejó de decirlo, ellas son *per se nota e indemonstrabilia* (I-II, q. 28 aa. 4c y 5c; q. 91, a. 3c; q. 94, a. 2c; *In Eth.* V, lect. 12, parágrafo 1018). Porque llegamos a conocer la naturaleza humana *conociendo* sus potencialidades, y conocemos estas últimas *conociendo* sus actividades, las que a su vez conocemos comprendiendo sus objetos —y los objetos de la característica humana *inclinatio y actus*, la voluntad, son precisamente los bienes humanos primarios.<sup>22</sup>

modos dirigidas por una cierta forma —disminuida, parcial y desordenada— de racionalidad práctica, exigen distinguir entre los primeros principios de la razón práctica en general y su correcta o razonable aplicación en la elección del bien moral. El bien moral es el bien propio de la acción libre cuando está conforme con todas las exigencias de la razonabilidad práctica... El lenguaje que utiliza Finnis está conforme con el proporcionalismo, que se apoya en la distinción entre bienes pre-morales y bienes morales para sostener que la acción puede ser moralmente buena aunque dañe directamente un bien pre-moral —incluso un bien humano “básico”—, siempre que, al final, el resultado de la acción sea el mal menor o el bien mayor... Sin embargo, Finnis no niega, sino que afirma, la importancia moral de los bienes humanos básicos pre-morales... En definitiva, Finnis hace uso de la distinción entre bien moral y bien pre-moral de una manera exactamente inversa a la del proporcionalismo ético, y refutándolo mediante el uso de un lenguaje común... El lector encontrará en *Ley natural y derechos naturales*... una defensa incondicional de los absolutos morales de la ética clásica -i.e., de la prohibición sin excepciones de actos intrínsecamente malos por su especie, con independencia de las consecuencias ulteriores intentadas o previstas”. Orrego S., Cristóbal, *Estudio preliminar*, en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*..., cit., pp. 21 y 22, 25.

<sup>19</sup> Orrego S., Cristóbal, “Estudio preliminar”, en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*..., cit., p. 12.

<sup>20</sup> El principio (en latín, *principium*), según Finnis, es la expresión de nuestra comprensión de un valor, que proporciona el punto de partida para razonar sobre qué hacer (principio de razonabilidad práctica). *Cfr.* Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*..., cit., p. 94.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 124 y 125.

<sup>22</sup> Finnis, John, “Is and Ought in Aquinas”, en *The Collected Essays of John Finnis*, 5 vols., Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. 1, p. 147.

En efecto, “los valores básicos, y los principios prácticos que los expresan, son las únicas orientaciones que tenemos. Cada uno es objetivamente básico, primario, inconmensurable con los otros en cuanto a su importancia objetiva”.<sup>23</sup> Y los principios prácticos son, en definitiva, la base del ordenamiento jurídico, tal como reconoce el juez Vigo en su voto: “El núcleo de validez jurídica primaria desde donde se ordenan y justifican las normas son los principios, esto es, los derechos humanos, que a su vez pueden ser atribuidos o remitidos a valores”.<sup>24</sup> Precisamente uno de los grandes méritos de Finnis es haber hecho presente en el debate académico internacional “la necesidad de explicar el derecho positivo en el contexto más amplio de la razonabilidad práctica y de los bienes humanos básicos fundantes del orden moral”.<sup>25</sup> Así lo hace, *v. gr.*, al considerar el precepto jurídico sobre el homicidio, aplicable al supuesto de aborto. El precepto jurídico sobre el homicidio —cuya regla jurídica corresponde bastante exactamente a la exigencia de la razón práctica según la cual uno no ha de matar deliberadamente al inocente—, se deriva del principio básico según el cual la vida humana es un bien, en combinación con la séptima de las nueve exigencias básicas de la razón práctica,<sup>26</sup> que se desarrollaron en el punto siguiente. La vida es el primer bien básico, correspondiente al impulso de autopreservación, significando el término “vida” cada uno de los aspectos de la vitalidad<sup>27</sup> (salud corporal —incluida la cerebral—, ausencia de dolor que presagia daño o mal funcionamiento del organismo, etcétera). Parafraseando a Finnis se podría decir que “el reconocimiento, la búsqueda y la realización de este objetivo humano básico (o grupo de objetivos internamente relacionados) son tan variados como...” el trabajo de los agentes sanitarios (médicos, enfermeras, entre otros), y las normas e instituciones judiciales destinadas a protegerlo, según se aprecia en el caso bajo análisis.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *cit.*, p. 149.

<sup>24</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 6 de la segunda cuestión.

<sup>25</sup> Orrego S., Cristóbal, “Estudio preliminar”, en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *cit.*, p. 14.

<sup>26</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *cit.*, pp. 308 y 309. “En verdad, algunas partes de un sistema jurídico normalmente están, y ciertamente deben estar, constituidas por reglas y principios que corresponden estrechamente a exigencias de la razón práctica que son en sí mismas conclusiones directas de la combinación de un valor básico determinado (*e.g.* la vida) con una o más de esas nueve exigencias “metodológicas” de la razonabilidad práctica... Pero el proceso de recibir incluso tales preceptos morales simples en el sistema jurídico merece mayor atención” (*op. cit.*, p. 309), atención que excede los límites del presente trabajo.

<sup>27</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *cit.*, p. 117.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 118.

Finnis no identifica “bien básico” con “bien moral”,<sup>29</sup> aunque guardan entre sí cierta correspondencia. Siguiendo a santo Tomás de Aquino, afirma el profesor de Oxford que la norma moral negativa que se corresponde con el bien básico de la vida se enuncia del siguiente modo: “no se debe elegir matar al inocente”, precepto que obliga siempre y bajo cualquier situación (*semper et ad semper*).<sup>30</sup> Es uno de los absolutos morales respecto del cual la civilización es tributaria, al menos en sus dichos.<sup>31</sup>

## 2. La vida como derecho humano absoluto o categóricamente sin excepción<sup>32</sup>

La segunda cita que se hace en la sentencia mencionada se refiere al carácter absoluto del derecho a la vida. Lo absoluto, sostiene el juez Vigo remitiendo a Finnis,<sup>33</sup> consiste en “que la propia vida no sea tomada como un medio para un fin ulterior”.<sup>34</sup>

El párrafo de la sentencia en que se encuentra la cita reza:

Esta radicalidad del derecho a la vida la advierte inequívocamente John Finnis, cuando señala como derecho humano absoluto o sin excepción «el que la propia vida no sea tomada como un medio para un fin ulterior» (*Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, p. 225)...<sup>35</sup>

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 117. El texto original en inglés, conservado en la segunda edición, dice: “Remember: by ‘good’, ‘basic good’, ‘value’, ‘well-being’, etc. I do not yet mean ‘moral good’, etc.” (Finnis, John, *Natural Law and Natural rights*, Oxford, Oxford Editions. Clarendon Law Series, 1980, p. 86).

<sup>30</sup> “Not to be choosing to kill the innocent”. Finnis, John, “Moral Absolutes in Aristotle and Aquinas”, *The Collected Essays of John Finnis*, 5 vols., Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. 1, p. 188.

<sup>31</sup> “Unanimously they all reject the moral absolutes to which our civilization until yesterday paid at least lip service”. Finnis, John, “Moral Absolutes in Aristotle and Aquinas”, *The Collected Essays of John Finnis*, 5 vols., Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. 1, p. 189.

<sup>32</sup> Explica el profesor Finnis en la nota VIII.7 que, “puesto que los escritores de proclamas y los autores de las Declaraciones de Derechos (*Bills of Rights*) se han apropiado de ‘inalienables’ e ‘inviolables’ para describir derechos que están declaradamente sometidos a excepciones creadas para equilibrarlos y armonizarlos con otros derechos o con el ejercicio del mismo derecho por otras personas, para no mencionar el orden público y la moral, etcétera, es necesario usar otro término: aquí, ‘absoluto’ o ‘categóricamente sin excepción’, siguiendo a Feinberg, *Social Philosophy*, pp. 79, 86-8, 94-7”. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit, p. 258.

<sup>33</sup> El desarrollo del tema se encuentra en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., VIII.7, pp. 251-253.

<sup>34</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 9 de la segunda cuestión.

<sup>35</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 5 de la segunda cuestión. El juez cita —traduciéndola— la versión del libro en su lengua original, dado que la sentencia (1998) es anterior a la traducción española (año 2000). Entendemos que la traducción de esta afirmación de *Natural*

El contexto de la cita en la sentencia bajo análisis,<sup>36</sup> es la afirmación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de la preexistencia, inherencia y carácter de presupuesto ontológico del derecho a la vida respecto de los demás derechos, ya que, en definitiva, “para ser titular de un derecho, primero hay que ser”.<sup>37</sup>

### A. Aborto y séptima exigencia de la razonabilidad práctica

La cita en comento traduce en términos sencillos, según lo explica Finnis,<sup>38</sup> la formulación de la séptima exigencia básica de la razonabilidad práctica.<sup>39</sup> El profesor de Oxford considera como formulación clásica de la séptima exigencia, la Epístola a los Romanos capítulo 3, versículo 8 (“*et non sicut blasphemamur et sicut aiunt nos quidam dicere faciamus mala ut veniant bona quo-*

*Law and Natural Rights* efectuada por el magistrado, se corresponde con la siguiente cita que se encuentra en la primera edición en idioma español, a saber: “el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior”. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 253.

<sup>36</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 5 de la segunda cuestión.

<sup>37</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 6 de la segunda cuestión.

<sup>38</sup> “Y la formulación quizás poco familiar que hemos estado considerando no debiera oscurecer el hecho de que esta “séptima exigencia” se reconoce bien en otras formulaciones: más vagamente, como “el fin no justifica los medios”; más precisamente, aunque todavía ambiguamente, como “no se ha de hacer el mal para conseguir el bien”. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 151.

<sup>39</sup> “No existe razón para dudar de que vale la pena procurar realizar cada uno de los aspectos básicos del bienestar humano. Pero son muchas las formas básicas del bien humano; yo he identificado siete”. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 131.

Enumera, sin embargo, nueve: 1) El bien de la razonabilidad práctica estructura nuestra búsqueda de bienes. 2) Un plan de vida coherente. 3) Ninguna preferencia arbitraria entre los valores. 4) Ninguna preferencia arbitraria entre las personas. 5) Desprendimiento y compromiso. 6) La relevancia (limitada) de las consecuencias: eficiencia, dentro de lo razonable. 7) Respeto por todo valor básico en todo acto. 8) Las exigencias del bien común. 9) Seguir la propia conciencia, “que podría ser considerada como un aspecto particular de la séptima (que ningún bien básico puede ser atacado directamente en ningún acto), o incluso como un resumen de todas las exigencias” (*op. cit.*, p. 154).

Señala el profesor Orrego que “el cambio más importante, desde 1980 —fecha de publicación de la primera edición del libro—, ha sido la concepción de un “principio maestro de la moral”, primero, único y arquitectónico, ausente en la mera yuxtaposición de las siete “exigencias de la razonabilidad práctica” que presenta *Ley natural y derechos naturales* (Capítulo V). Este principio también es evidente y se identifica con el precepto de amar al prójimo como a uno mismo, que puede formularse también como la exigencia de que la voluntad apunte siempre, en toda elección, hacia la “plenitud humana integral” en uno mismo y en los demás”, *op. cit.*, *Estudio preliminar*, p. 26.

*rum damnatio iusta est*”);<sup>40</sup> y remite al lector a otras formulaciones, presentes en las obras de Germain Grisez,<sup>41</sup> recapitulando todas las formulaciones en la siguiente: “para la mayoría de los propósitos prácticos esta séptima exigencia puede ser resumida así: no elijas directamente en contra de un valor básico”.<sup>42</sup>

Luego de descartar los enunciados de “ponderación” consecuencialista,<sup>43</sup> que constituyen un “cenegal de arbitrariedad”,<sup>44</sup> formula la séptima exigencia del siguiente modo:

El valor inconmensurable de un aspecto de la plenitud de ser personal (y su correspondiente principio primario) no puede nunca subordinarse correctamente a ningún proyecto o compromiso. Pero tal acto de subordinación acontece inevitablemente por lo menos cada vez que una elección-de-un-acto definida no tiene en sí misma otro significado que el de dañar ese valor básico (violando así ese principio primario). Tal es, en términos altamente abstractos, la séptima exigencia, el principio sobre el que se apoya de manera exclusiva... la estricta inviolabilidad de los derechos humanos básicos.<sup>45</sup>

Tal acto de subordinación “incorrecto” (en la terminología de Finnis) es el que había realizado la acusada en el caso analizado, dañando mediante un aborto autoprovocado el bien básico absoluto de la vida de su hijo por nacer, cuya tutela —según los jueces que dictaron la sentencia— el Estado debe proveer.

En una de las páginas que mejor traslucen —a nuestro juicio— la fuerza de la profunda convicción de Finnis acerca de la inviolabilidad de los derechos humanos, luego de refutar el utilitarismo que descarta la existencia de derechos humanos absolutos,<sup>46</sup> el autor lamenta —y sobre todo denuncia— que “ninguna elite o gobierno contemporáneo —entre los cuales contamos al Poder Judicial— manifiesta en la práctica ninguna creencia en derechos humanos absolutos”.<sup>47</sup> Y aunque Finnis es consciente de que las

<sup>40</sup> *Biblia Sacra Vulgata*, en <http://www.drbo.org/lwb/>, último acceso 14 de noviembre de 2011.

La traducción de la Biblia de Jerusalén reza: “Y, ¿por qué no hacer el mal para que venga el bien, como algunos calumniosamente nos acusan que decimos?”. *Biblia de Jerusalén*, nueva edición revisada y aumentada, Bilbao, Edit. Desclée de Brouwer, 2000.

<sup>41</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 162, V.7.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 251 y 252. “Tampoco es éste un asunto de los gobiernos y de los soldados solamente; muchos de estos gobiernos son libremente elegidos, y sus políticas (en cuanto dis-

exigencias de la razonabilidad práctica no son claramente reconocidas por todas las personas, ni siquiera por la mayoría, no duda en afirmar contundentemente que “a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos”.<sup>48</sup>

Como lógica consecuencia de la afirmación de la existencia de derechos humanos absolutos, “es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor básico, ya para uno mismo ya para los demás seres humanos. Y los valores básicos no son meras abstracciones; son aspectos del verdadero bienestar de individuos de carne y hueso”.<sup>49</sup>

Precisamente en ello consiste el aborto provocado: en elegir directamente y de modo irrazonable contra el valor básico de la vida,<sup>50</sup> es decir, realizar un acto de “subordinación incorrecta” que involucra el bienestar del niño por nacer, precisamente “su carne y sus huesos”. Por ello se afirma en la sentencia:

La imputada ha realizado un acto voluntario, motivada por el propósito de remediar las consecuencias no queridas de un hecho ilícito deliberado, resultante de su propia conducta intencional,<sup>51</sup> de lo que se colige que no es posible, en tal hipótesis, afirmar que debía prevalecer el resguardo de la vida de la imputada, conforme lo plantea la sala, pues el mal que se quería evitar no había sido ajeno al sujeto sino que, por el contrario, era el resultado de su propia conducta.<sup>52</sup>

tintas de los peligros de llevarlas a la práctica) suscitan escaso debate entre sus electores. ¿Y quién no advierte la consumada suavidad con que la cuestión es evitada por muchos de los que escriben sobre los derechos?”. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 252.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 252 y 253.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>50</sup> Porque “elegir un acto que en sí mismo simplemente (o primariamente) daña un bien básico es por eso comprometerse uno mismo quiéralo o no (pero directamente) en un acto de oposición a un valor incommensurable (un aspecto de la personalidad humana) que uno trata como si fuese un objeto dotado de un valor medible que podría ser superado por objetos commensurables dotados de un valor mayor (o acumulativamente mayor). Hacer esto estará a menudo de acuerdo con nuestros sentimientos... con nuestros compromisos y proyectos en la forma como los emprendimos. Pero nunca puede ser justificado por la razón. Debemos elegir racionalmente (y este juicio racional a menudo puede favorecer un cambio en nuestra perspectiva y consiguientemente una reordenación de los sentimientos iniciales y de ese modo de nuestros compromisos y proyectos). La razón exige que todo valor básico sea al menos respetado en todas y cada una de las acciones”. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 150.

<sup>51</sup> Voto del doctor Vïgo, Cons. 9 de la segunda cuestión.

<sup>52</sup> Voto del doctor Falistocco, Cons. 8 de la segunda cuestión.

Conclusión que comparten los magistrados con el profesor Finnis: “no cabe asistencia judicial para quien alega en su favor su propio ilícito (quien busca equidad debe obrar con equidad)”.<sup>53</sup>

La casuística —afirma Finnis— “puede concebirse en términos de intenciones o elecciones “directas”, en contraste con efectos “indirectos”, y en términos de “medios” en contraste con “incidentes”.<sup>54</sup> Sin embargo, “los juicios razonables en esta casuística no se obtienen aplicando una “lógica” de “lo directo y lo indirecto”, de “los medios y los fines” o de “lo intencional y lo no intencional... Más bien se llega a tales juicios por una firme determinación de respetar el bien humano en la propia existencia y en la equivalente humanidad o derechos humanos de los otros, cuando ese bien humano y esos derechos humanos caen directamente bajo el propio cuidado y poder de disposición”.<sup>55</sup>

Precisamente ese es el supuesto fáctico de la sentencia analizada: la acusada que abortó era custodia de la vida que llevaba en sus entrañas,<sup>56</sup> y el derecho a la vida de su hijo estaba directa e inmediatamente bajo su propio cuidado.

### B. Aborto y tercera exigencia de la razonabilidad práctica

Por ello, la séptima exigencia básica de la razonabilidad práctica se relaciona —en el caso bajo análisis— directamente con la tercera. “Podemos añadir, a la segunda exigencia, que es la imparcialidad fundamental en el reconocimiento de cada una de las formas básicas de bien, una tercera exigencia: la imparcialidad fundamental entre los sujetos humanos que son o pueden ser partícipes de esos bienes”; en resumen: “ninguna preferencia arbitraria entre las personas”.<sup>57</sup>

Finnis enumera algunas formulaciones no-filosóficas de esta tercera exigencia (denominada por la tradición católica la “Regla de Oro”), de entre las cuales se selecciono la siguiente: “No impidas (sin una razón especial) a otros conseguir para sí mismos lo que tú estás intentando conseguir para ti”.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 315.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> “El bien protegido por el Derecho es la vida misma de la persona por nacer, carente de toda otra forma de tutela por parte del orden jurídico. “Va de suyo que en los casos de aborto provocado (...) la madre no asume tal calidad (víctima), sino la criatura por nacer, que no era persona futura, y sí una realidad viviente” (voto del doctor Prats Cardona, en el plenario “N. F.”). Voto del doctor Vigo, Cons. 5 de la segunda cuestión.

<sup>57</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 137.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 138.

En definitiva, según estas exigencias, podría exhortarse a la acusada: “Tú —que intentas llevar adelante tu “plan de vida coherente” (segunda exigencia) concentrándote en algunas de las formas básicas de bien (tercera exigencia)—, dado que eres custodia de la vida que llevas en tus entrañas, no impidas que tu hijo llegue a desarrollar en el futuro su ‘plan de vida coherente’, que será su aporte único e irrepetible al bien común social (octava exigencia, que desarrollaremos más adelante)”.

Y si bien existe:

...un campo razonable para la autpreferencia... aún teniendo eso totalmente en cuenta, esta tercera exigencia sigue en pie como una crítica mordaz contra el egoísmo, los argumentos especiosos, el doble rasero, la hipocresía, la indiferencia («pasar de largo») ante el bien de otros a quienes uno podría ayudar fácilmente, y todas las otras múltiples formas de prejuicio egoísta individual o de grupo.<sup>59</sup>

Precisamente un argumento falaz y una forma de “prejuicio egoísta” es el que denuncia y refuta la sentencia que se analiza, al referirse a la presunta “discriminación” de los pobres que se configuraría en estos abortos autoprovocados cuando la mujer acude a los hospitales públicos para ser atendida por las secuelas del mismo:

Asimismo, y en relación al “argumento de la desigualdad”, basado en que con la tesis contraria a la protección del secreto profesional sólo se castiga a quienes carecen de los recursos económicos necesarios para acceder a los “beneficios” de la medicina privada, cabe señalar, ante todo, que si bien es un lugar común en el pensamiento de los criminólogos modernos la idea de la discriminación social que genera el fenómeno de la “cifra negra” en ciertos delitos, por los que sólo serían penados ciertos sectores de la población, tal circunstancia —que, en todo caso, pondría en evidencia ciertos defectos inherentes al sistema penal— no es razón ni excusa suficiente para sustentar una tesis con efectos desincriminantes como la adoptada por la Alzada;... además, y empleando expresiones vertidas por la convencional Méndez, durante los debates de la Convención Nacional de 1994, “quienes sostienen este fundamento no sienten como los pobres, no saben lo que ellos piensan ni lo que necesitan ... Les aseguro que los pobres no piden aborto, sencillamente porque tienen dignidad y conocen el respeto por la vida humana. Entonces, esta no es una cuestión de pobreza o de riqueza, sino ... una cuestión de vida (*Obra de la Convención Nacional Constituyente, cit.*, t. V, p. 5256)”.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> *Idem.*

<sup>60</sup> Voto del doctor Vïgo, Cons. 10 de la segunda cuestión.

La Alzada arribó a una solución con absurdas consecuencias (la despenalización del aborto), mediante:

...una deliberada sobreestimación de las eventuales consecuencias de la denuncia, que tienden a reforzar la aparente gravedad del dilema atribuido a la madre. Así, por ejemplo, se llega a decir que la mujer debe optar entre “la cárcel y la vida” o entre “la vida y el presidio”, cuando en la generalidad de los casos la mujer no debe pasar detenida ni un día, y sólo será objeto —en su caso— de una condena en suspenso» (TS Neuquén, voto del doctor Iribarne, en la causa “M., M. E. y otra”, del 14 de abril de 1988).<sup>61</sup>

Pero, “como acertadamente enseñara Bidart Campos, “cuando desincriminar implica autorizar conductas lesivas de derechos o bienes que la Constitución protege, entonces puede concurrir inconstitucionalidad. Por ejemplo, cuando al desincriminar el aborto se está facultando a abortar, pues en ese caso la supresión del delito de aborto funciona como norma permisiva de una conducta que faculta a matar” (“Notas de actualidad constitucional”, en [ED, 105-1016]).<sup>62</sup> En efecto, despenalizar el aborto “tanto vale como mandar a algún facultativo que lo practique, como obligar a los Servicios de Seguridad Social a que lo acepten y a que dediquen sus servicios a tal función, o como a imponer, en fin, a contribuyentes o asegurados, la carga de pagarlo”.<sup>63</sup>

En resumen, la acción voluntaria de la madre de abortar, que tiene efectos jurídicos irreversibles (privar de la vida a una persona), no puede

<sup>61</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 9 de la segunda cuestión.

<sup>62</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 6 de la segunda cuestión.

“La persecución de conductas como la desarrollada por la imputada, no sólo tienen como objetivo sancionar la realización de las mismas —criterio lógico por cuanto constituyen acciones típicas previstas en el cód. penal—, sino también conllevan como finalidad la de prevenir que, a través de resoluciones como la impugnada, se desincriminen ciertas conductas y, como consecuencia, se corra el riesgo probable del incremento de su comisión dentro de la sociedad”. Voto del doctor Falistocco, Cons. 8 de la segunda cuestión.

“En el caso en examen, el perjuicio del cual se intenta amparar a la sociedad —desincriminación del aborto— reviste un carácter más significativo que el de preservar la libertad de acción de la imputada”. Voto del doctor Falistocco, Cons. 3 de la segunda cuestión.

“La finalidad del ordenamiento penal no sólo busca que una vez cometido el delito se brinde al imputado el tratamiento adecuado, proporcionándole los medios necesarios que lo capaciten para su reinserción en la sociedad, sino que también se apunta a proteger la comunidad de que se sigan cometiendo esta clase de delitos, y que con resoluciones como la impugnada se pueda llegar a su desincriminación”. Voto del doctor Álvarez, Cons. 3 de la segunda cuestión.

<sup>63</sup> García Torres, Tristán, “La vida y el aborto”, *Doctrina Judicial*, año V, núm. 33, 19 de julio de 1989.

desincriminalizarse de hecho, alegando normas de derecho común sin contemplar la protección constitucional absoluta de la vida de todo niño por nacer desde su concepción.

### C. Aborto y quinta exigencia de la razonabilidad práctica

Asimismo se relaciona, en el fallo comentado, la séptima exigencia de razonabilidad práctica con la quinta, referida al desprendimiento debido respecto de todos los proyectos específicos y limitados que se asumen.<sup>64</sup> Porque “sucumbir a la tentación de darle a un proyecto particular el significado decisivo e incondicional que sólo un valor básico y un empeño general pueden reclamar”<sup>65</sup> significa, en los abortos provocados, la muerte directa de una persona.

En el caso, se desconocen las motivaciones que llevaron a la madre a abortar, pero aún asumiendo el poco probable supuesto de que la vida que se gestaba en su seno haya sido para ella una contingencia imprevisible —*v. gr.* embarazo producto de una violación—,<sup>66</sup> “la sujeción de la razonabilidad y de la realización humana al azar y al riesgo”<sup>67</sup> debió haberla llevado a desprenderse de sus proyectos específicos y limitados, en aras del valor absoluto de la vida de su hijo. Y es que en la vida siempre se cruzan imprevistos, y en este caso el imprevisto reviste “carne y huesos”, es una persona que está bajo el directo cuidado de su madre.

### D. Aborto y octava exigencia de la razonabilidad práctica

La vida humana que se truncó mediante el aborto provocado por la encartada era única e irrepetible,<sup>68</sup> por ello el acto atentó contra la octava exi-

<sup>64</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *cit.*, p. 140.

<sup>65</sup> *Idem.*

<sup>66</sup> Sostenemos que el aborto producto de una violación es una contingencia imprevisible de poco probable realización debido a las estadísticas que muestran porcentajes ínfimos de embarazos en estos casos. “Un estudio determinó que se registraron solamente 0,6% de embarazos en 1290 víctimas de violación (7.74 embarazos, o sea mínimo 7 o máximo 8). B. En una serie de 3,500 violaciones en 10 años en el Hospital San Pablo de Minneapolis, no hubo un solo caso de embarazo”. WAGNER, Jorge M., *El embarazo por violación*, en <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/284/708/articulo.php?id=36753> Último acceso 14 de noviembre de 2011.

<sup>67</sup> FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales...*, *cit.*, p. 159.

<sup>68</sup> Según el ordenamiento jurídico argentino, la persona inicia su existencia en la concepción. Filosófica y jurídicamente cada persona es única e irrepetible, y por ende su aporte

gencia de la razonabilidad práctica —el bien común—, ya que la persona por nacer tenía una misión social<sup>69</sup> —una contribución al bien común que realizar— única e irrepetible. Es decir, quien mata a una persona por nacer atenta contra la sociedad —cuyo fin es el bien común—, porque todos los que la componen están llamados a realizar el bien común cotidianamente, así como a participar y disfrutar de él en común. Su concreción requiere la coordinación de todos los esfuerzos de los integrantes de la sociedad. Por lo tanto, matar un ser humano es privar a la sociedad de un miembro destinado a contribuir de modo único e irrepetible en la consecución del bien común.<sup>70</sup>

Y por ello la tipificación del delito de aborto tiene como finalidad no sólo la protección penal del derecho a la vida del niño por nacer,<sup>71</sup> sino también “amparar a la sociedad”,<sup>72</sup> ya que existe un “sustancial interés del Estado en tutelar, desde el momento mismo de la concepción, la existencia del nuevo ser que, con su aparición en este mundo, enriquece a la humanidad

al bien común también lo es. La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su artículo 29 que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. En consecuencia, suprimir intencionalmente una vida humana inocente atenta contra el bien común social.

<sup>69</sup> Lo social puede definirse como conjunto de hombres que realizan algo en común en vistas a un fin (bien común). El hombre es el fundamento de lo social, ya que es anterior sustancialmente. Lo social no es una realidad sustancial sino algo del hombre. En el sentido más profundo sí es una relación real y su fundamento es la conducta humana, que por esa relación se hace social. Se trata de un *proprium* del hombre, emana de la necesidad de la naturaleza humana. Este carácter necesario y específico de la relación social tiene a la vez otro fundamento: la indigencia del hombre en soledad. *Cfr.* Lamas, Félix A., *Ensayo sobre el Orden Social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1984.

<sup>70</sup> Eso enseñan tanto el Talmud como el Corán: que quien mata a un ser humano es como si matase a toda la humanidad, y quien salva una vida es como si hubiese salvado el mundo entero *Cfr.* Sanhedrin, *Talmud Ierushalmi*, cap. 4, 22a y 37a; y SURA, *Qur'an*, 5, 32, respectivamente. *Cit.* por Toller, Fernando M, “Quien salva una vida es como si salvara el mundo entero (Diez errores del fallo de la Suprema Corte bonaerense en el caso del aborto a la mujer discapacitada)”, *El Derecho*, 11 de agosto de 2006.

<sup>71</sup> En el mismo sentido: La Alzada “ha resuelto el conflicto suscitado... de una manera que compromete directamente la efectividad de la tutela y protección penal del derecho a vivir que posee la persona por nacer” (voto del doctor Vigo, Cons. 3 de la primera cuestión), “en un caso que compromete de manera directa a este Cuerpo en su específica misión de “velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales”, y lo obliga por ello a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias, a fin de evitar la admisión de soluciones normativas que conduzcan a vulnerar derechos fundamentales de la persona” (Voto del doctor Vigo, Cons. 2 de la segunda cuestión).

<sup>72</sup> Voto del doctor Falistocco, Cons. 3 de la segunda cuestión.

en su conjunto, y cuya supresión debe dar lugar al ejercicio de la potestad punitiva por parte de aquél”.<sup>73</sup>

### E. Juicio moral y jurídico negativos

Recapitulando, como “todo juicio moral resume la relación de una o más de las exigencias”<sup>74</sup> enumeradas por Finnis, se puede concluir que el aborto procurado merece un juicio moral negativo por violar las relaciones entre las siguientes formas básicas del bien humano: 3), 4), 5), 7), 8).

La sentencia, por su parte:

Apela aquí, para fundamentar el discurso, a cierto tipo de normas de fuerte contenido o connotación moral, que exhiben una juridicidad intrínseca, independiente de todo reconocimiento del constituyente o del legislador, que difieren de las normas (o reglas, en la terminología de Alexy) por su status “fundacional” respecto del sistema jurídico, en cuyo vértice se ubican, y que, en tanto expresan —como “derechos y deberes”— los valores fundamentales del ordenamiento,<sup>75</sup> demandan su consideración a la hora de decidir, cumpliendo así una función central en la labor interpretativa, sobre todo en los “casos difíciles” —de índole constitucional—, motivo por el cual han sido objeto de estudio de parte de autores como, por ejemplo, Karl Larenz, Ronald Dworkin o Robert Alexy.<sup>76</sup>

Estos principios, como se advierte en el voto, no están referidos exclusivamente a derechos “individuales”, sino que también expresan derechos “comunitarios” o bienes colectivos —en los que se pone en juego el bien

<sup>73</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 6 de la segunda cuestión. “Como lo sostuviera Hans Welzel, “El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad ... como por ejemplo la integridad del Estado, la vida...”. Voto del doctor Vigo, Cons. 5 de la segunda cuestión.

<sup>74</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 155.

<sup>75</sup> (Nota del autor) “Como enseña Alexy, principios y valores son lo mismo, y ‘se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente’, de suerte tal que puede decirse que los primeros son la expresión de ‘lo bueno’ en el campo del ‘deber ser’ (vide, Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 147). Por ello, ‘toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa’ (del mismo autor, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, en Doxa, núm. 5, Alicante, 1988, p. 145)”.

<sup>76</sup> (Nota del autor) “Cfr., respectivamente, Metodología de la ciencia del derecho, Barcelona, Ariel, 1994; Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984; Teoría de los derechos fundamentales, cit.”.

común—, de suerte tal que ambas categorías deben ser “tomadas en serio” a la hora de decidir (véase cons. 5).<sup>77</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

Decíamos al comienzo, que son escasas las citas jurisprudenciales argentinas referidas al pensamiento del profesor John Finnis, entre aquellos magistrados que utilizan fuentes doctrinales foráneas para fundamentar sus decisorios, pese a la enorme influencia que el profesor de Oxford tiene en el ámbito académico internacional.

Particular importancia reviste su coherente desarrollo de los modos de razonamiento práctico a los que denomina “exigencias de la razonabilidad práctica”, coherencia que lo ha conducido a una férrea y consistente defensa del bien básico de la vida, y a afirmar la existencia de normas morales negativas que no admiten excepción (prohibición de actos intrínsecamente malos).<sup>78</sup>

Por el contrario, la incoherencia en el razonamiento jurídico acarrea ciertas dificultades tales como las que se ponen de manifiesto en el caso bajo análisis. Cabe por eso afirmar, —siguiendo al juez Vigo—:

que el caso brinda la oportunidad para dejar constancia de ciertas preocupaciones e íntimas convicciones acerca del derecho y los juristas... Me preocupan —como a Kaufmann— aquellos que transforman a las normas y al derecho en un fin en sí mismo, y mucho más me preocupa cuando se margina el último núcleo de validez jurídica que son los derechos humanos o, más concretamente, cuando la vida humana comienza a ser medio para otros fines.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Sodero, Eduardo R., *Aborto, secreto y argumentación jurídica judicial - Nota a Fallo*, en ED 179-192.

<sup>78</sup> Orrego S., Cristóbal, “Estudio preliminar”, en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 12.

Obras posteriores a *Natural Law and Natural Rights* se refieren especialmente al aborto, y serán igualmente valiosas a la hora de fundamentar decisorios que tutelen la vida humana desde la concepción. Finnis, John, *Public Reason, Abortion and Cloning*, Valparaiso University Law Review, vol. 32, núm 3, 1998, pp. 361-382; “Abortion, Natural Law and Public Reason”, en George, Robert P. y Wolfe, Christopher, *Natural Law and Public Reason*, Washington D. C., Georgetown University Press, 2000, pp. 75-105.

Vinculado con el tema, tiene especial relevancia —según Orrego S.— para comprender su postura respecto de la inconmensurabilidad y razonamiento práctico, su obra *Commensuration and Public Reason*, en *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997, pp. 215-233 y 285-289. Cit. en Orrego S., Cristóbal, “Estudio preliminar”, en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales...*, cit., p. 31.

<sup>79</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 12 de la segunda cuestión.

Porque “no se trata de asumir posiciones represoras o de moralidad teológica, sino de «tomar en serio» el derecho a la vida... Tomar en serio el derecho a la vida es tomar en serio al derecho y al hombre, y asumir “en serio’ la función del jurista”.<sup>80</sup> Y dado que “«la fuerza con la cual los derechos humanos son protegidos, aparte de depender de cuestiones sociológicas que determinen su eficacia, depende en gran parte de las actitudes del Poder Judicial, en su función de intérprete del derecho sustantivo...» (*Constitución y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 182)”,<sup>81</sup> vale pena insistir en la importancia de la formación iusfilosófica de los jueces y en la utilidad que tendría, en aras de propender a ella, una mayor difusión de trabajos tan sólidos y profundos como el que ha llevado adelante John Finnis.

<sup>80</sup> Voto del doctor Vigo, Cons. 5 de la segunda cuestión.

<sup>81</sup> Voto del doctor Falistocco, Cons. 5 de la segunda cuestión.