

extensión total a 213 páginas. Y de allí, de esa prudencia jurídica recopilada, surgen los márgenes constitucionales que deja sentado el fallo a la tarea legislativa, referidos más arriba.

c. Se ha tachado vivamente este fallo de partir de un originalismo que se califica de estático, retrógrado y hasta de fijismo “bíblico”. Expresa un crítico que se trata de “[u]na minoría rural y decimonónica que no está dispuesta a jugar con las reglas del juego democrático, se está imponiendo y avasalla a una mayoría liberal”<sup>(34)</sup>. Está claro que, para esa progresía cultural, según la cual el derecho debe comandar el cambio y la transformación, que a los maximalistas de la corriente lleva a empujar hacia el “uso alternativo del derecho” como revolución desde los estrados, el fallo le resulta inaceptable.

Como las grandes decisiones no dejan nunca del todo satisfechos ni a tirones ni a troyanos, desde la otra banda hay quienes critican que, planteado en la propia sentencia que el aborto presenta ante todo una cuestión moral, no se haya zanjado esa cuestión moral definitivamente en sede judicial, en lugar de deferirla a la legislación. Se entiende, desde esa postura, que invoca el derecho natural, que allí el adjetivo “natural” se refiere a un sustantivo elidido, la

(34) Vivanco, J. M. citado en Mathus Ruiz, R., “Aborto y armas. La reacción conservadora que sacude a la democracia más antigua del planeta”, en *La Nación*, 2/7/2022, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/aborto-y-armas-la-reaccion-conservadora-que-pone-en-jaque-a-la-democracia-mas-antigua-del-planeta-nid02072022/> (fecha de consulta: 27/7/2022).

moral, que fundamenta y conforma el derecho, que a su turno la expresa. El derecho natural, a mi parecer, está conformado en todo caso por aquellas condiciones ineludibles a que todo derecho positivo precisa ajustarse para la realización de su existencia. El fallo *Dobbs* no alude en ningún párrafo al derecho natural, pero se ajusta a esas condiciones ineludibles de existencia que encuentra, según la tradición del *common law*, en los principios del derecho positivo mismo, aplicados al caso. De acuerdo con ellos –y con la separación de funciones que su constitución establece–, devuelve la autoridad de la decisión a los cuerpos legislativos estatales, recordándoles los principios configuradores aplicables que el propio derecho positivo ha ido condensando.

**VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - JURISPRUDENCIA - TRIBUNALES EXTRANJEROS - DERECHO COMPARADO - DELITOS CONTRA LA VIDA - ABORTO - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - JUECES - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - MINISTERIOS - OBRAS SOCIALES - ESTADO EXTRANJERO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL**

## “FAL” también está terriblemente equivocado

por PEDRO J. M. ANDEREGGEN<sup>(\*)</sup> y RODOLFO C. BARRA<sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL CASO “FAL”. I. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. II. LOS ARGUMENTOS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. III. “FAL” FRENTE A LA MANDA DEL ARTICULO 75, INCISO 23, DE LA CONSTITUCION NACIONAL. – 3. CONCLUSION.

### 1. Introducción

“*Egregiously wrong*” es una expresión inglesa generalmente utilizada para indicar que una conducta, un argumento o una doctrina son “tremendamente equivocados”, sin ofrecer, siquiera, una arista de verdad o acierto. De “tremendamente errónea” califica el fallo *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*<sup>(1)</sup> (2022) al precedente

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277-944; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 277-939; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por URSULA C. BASSET, ED, 277-935; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *Los senadores, las provincias y el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, EDCO, marzo de 2020 - n° 3; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *Aborto e ideología*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS, ED, 287-514; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por MARÍA INÉS FRANCK, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y LUCÍA CAMPO, ED, 286-586; *Análisis preliminar de las medidas complementarias al Protocolo de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE y ALEJANDRO E. WILLIAMS BECKER, ED, 288; *¿Existe un “derecho al aborto”?*, por CARLOS I. MASSINI-CORREAS y ELIANA DE ROSA, ED, 289-945; *El Gobierno promueve el aborto adolescente*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 289-1450; *Análisis del proyecto de legalización del aborto 2020 y del proyecto de cuidado integral de la madre y el niño*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 289-1466; *Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional,*

de 1973, *Roe v. Wade*<sup>(2)</sup>, que declaró al aborto como un derecho constitucional de la mujer; un supuesto derecho que, por no tener norma expresa que lo avalara en el texto constitucional fue “encontrado” por los jueces en los pliegos o sombras del “derecho a la privacidad”<sup>(3)</sup>.

O mejor –como carecía la constitución norteamericana de una norma como la contenida en nuestro maravilloso artículo 19 de la Constitución Nacional– en el “debido proceso” de la Enmienda XIV, aunque sacado de su lógica procesal para ubicarlo en una dimensión “sustantiva”: con este GPS la Suprema Corte de Estados Unidos llegaría al “derecho a la privacidad”, para luego estacionarse (aunque no sería el único “*parking*” posible: puede haber tantos como la imaginación o la ideología lo exijan) en el derecho al aborto.

*Dobbs* sostiene que tal viaje es “*egregiously wrong*”: no existe un “derecho constitucional al aborto”; es decir, un específico derecho al aborto, garantizado por la Constitución federal, que obligue a los estados de la Unión de tal manera que solo pocas y excepcionales regulaciones quedan permitidas a las competencias estatales.

No es una decisión inesperada, no por la inaudita filtración del proyecto de fallo mayoritario<sup>(4)</sup>, sino por la continua y fundada crítica que siguió a *Roe*, durante casi cincuenta años, desde importantes sectores de la academia, la política, los movimientos provida, y las disidencias en la

por RICARDO BACH DE CHAZAL, ED, 289-1519; *Sobre la resolución del Parlamento Europeo en torno al caso “Dobbs”*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297; *Contexto del fallo Dobbs y de la derogación del derecho constitucional a abortar en Estados Unidos*, por LIGIA DE JESÚS CASTALDI, ED, 297; *Análisis preliminar del fallo “Dobbs” de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Presidente de la Corporación de Abogados Católicos.

(\*\*) Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ex Ministro de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente Nacional, 1994.

(1) *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners v. Jackson Women’s Health Organization, et al.*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022) (Slip. Op.).

(2) 410 U.S. 113 (1973).

(3) Algunas de estas ideas fueron previamente desarrolladas en Barra, R. C., “Terriblemente equivocado”, *Infobae.com*, 29/6/2022, disponible en <https://www.infobae.com/america/opinion/2022/06/29/terriblemente-equivocado/> (fecha de consulta: 13/8/2022).

(4) Gerstein, J. y Ward, A., “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, *Político*, el 2/5/2022. Disponible en <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473> (fecha de consulta: 18/5/2022).

misma Corte, entre las que se destacan las planteadas por el *Justice Scalia*, ya fallecido<sup>(5)</sup>.

*Dobbs* es un muy importante paso hacia el respeto de la vida y la dignidad humana, pero también es erróneo cuando sostiene que la Constitución es neutral con relación al derecho a la vida del ser humano todavía no nacido, y deja así la regulación del aborto al respectivo criterio de las legislaturas estatales.

Ninguna norma fundamental puede ser neutral con respecto a la protección del derecho a la vida, simplemente porque este es la base de todos los derechos. Sin derecho a la vida no habría Constitución, no habría “*polis*” o “comunidad organizada”, sino solo la tiranía de los más fuertes sobre los más débiles.

¿O acaso esto no lo ha vivido –y desgraciadamente lo vive todavía– la humanidad?

*Dobbs* tiene aún oportunidad de corregirse a corto plazo. Es posible que la Corte deba pronunciarse acerca de la constitucionalidad de normas dictadas por los estados con restricciones al aborto. Por ejemplo, es el caso del estado de Georgia, donde se reguló la prohibición del aborto, salvo excepciones, a partir de ser detectables los latidos del corazón del feto, aproximadamente a las seis semanas desde la concepción<sup>(6)</sup>. Claro que a los partidarios de la liberalización del aborto esos latidos no los conmueven, ni siquiera se preguntan si provienen del sistema vital de un ser humano, de un ser que porta el ADN humano individual, personal, el mismo código genético que lo acompañará durante toda su vida extrauterina.

En cualquier caso, está visto que el debate en Estados Unidos continuará. Por nuestra parte, en las líneas que siguen, nos detendremos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina en materia de aborto. De ese modo, explicaremos por qué a la decisión en “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”<sup>(7)</sup> –que este año ha cumplido 10 años– también le cabe el calificativo de “tremendamente equivocada”.

## 2. El caso “FAL”

Si el fallo de la Suprema Corte norteamericana merece aquel reparo acerca de una posible neutralidad en la materia (sin efectuar con ello reproche moral, pues la sentencia, dadas las circunstancias concretas, constituye una real morigeración respecto a un mal que se había consolidado<sup>(8)</sup>), debemos reconocer que en aquel país, a nivel federal, no existe ninguna de las normas que poseemos en nuestra legislación. En este orden, es válido inferir, de acuerdo al rigor lógico de la sentencia, que los jueces norteamericanos, frente a los antecedentes de nuestro derecho patrio<sup>(9)</sup>, en el que siempre se prohibió el aborto<sup>(10)</sup>,

(5) Por ejemplo, su voto en *Casey*, 505 U. S. 833, 844 (1992).

(6) Véase: Georgia House Bill 481, Living Infants and Fairness Equality (LIFE) Act (2019). La norma entró en efecto recientemente luego de una decisión judicial, en el caso *SisterSong Women of Color Rep. Justice Collective v. Governor of Georgia*, 11th Cir., No. 20-13024, 7/20/22.

(7) Fallos: 335:197, sentencia del 13/3/2012. En adelante, “FAL”.

(8) Conf. Juan Pablo II, *Evangelium Vitae* (25/3/1995): “Un problema concreto de conciencia podría darse en los casos en que un voto parlamentario resultase determinante para favorecer una ley más restrictiva, es decir, dirigida a restringir el número de abortos autorizados, como alternativa a otra ley más permisiva ya en vigor o en fase de votación [...] En el caso expuesto, cuando no sea posible evitar o abrogar completamente una ley abortista, un parlamentario, cuya absoluta oposición personal al aborto sea clara y notoria a todos, puede lícitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a limitar los daños de esa ley y disminuir así los efectos negativos en el ámbito de la cultura y de la moralidad pública. En efecto, obrando de este modo no se presta una colaboración ilícita a una ley injusta; antes bien se realiza un intento legítimo y obligado de limitar sus aspectos inicuos” (núm. 73, la itálica pertenece al original). A la luz de esta doctrina, la legitimidad moral del pronunciamiento en *Dobbs*, si se considera integralmente el sistema normativo y político constitucional norteamericano, surge en forma directa y espontánea, dado que, ciertamente, el fallo removió el obstáculo constitucional que se presentaba como legalmente insuperable para aquellos estados que querían proteger la vida naciente en cualquier medida o forma.

(9) V.gr. *Fuero Juzgo* “III. TITOL DE LOS QUE TOLLEN Á LAS MVIERES QUE NON AYAN PARTO I De los que fazen abortar las mujeres por yervas Si algun omne diere yervas á la muier, porque la faga abortar, ó quel mate el fiio, el que lo faze deve prender muerte, é la muier que toma yervas por abortar; si es sierva, reciba CC. azotes; si es libre, pierda su dignidad, é sea dada por sierva á quien mandar el rey”.

(10) Véase la importancia que se le otorga en *Dobbs* a las prácticas constitucionales: “Sostenemos que *Roe* y *Casey* deben ser anulados. La Constitución no hace referencia al aborto, y dicho derecho no está protegido implícitamente por ninguna disposición constitucional, incluida aquella en la que ahora se basan principalmente los defensores

frente a la presencia de textos de una literalidad tan expresa (como la que rige en el derecho argentino), hubieran declarado, sin duda, la inconstitucionalidad del aborto.

Porque, en efecto, aun bajo el razonamiento de *Dobbs* –que sostiene que la regulación en la materia debe ser determinada por el pueblo<sup>(11)</sup>–, es evidente que este ya se expidió, a través de los representantes, tanto en la sanción de la Constitución Nacional<sup>(12)</sup> como en la firma, aprobación y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, elevados a rango constitucional en la reforma del año 1994, en línea con una práctica de prohibición inveterada e ininterrumpida de más de doscientos años de vigencia, que lamentablemente se quebró con la promulgación de la ley 27.610<sup>(13)</sup>, de la que “FAL” es un grave antecedente inmediato y necesario<sup>(14)</sup>.

Es indudable que este precedente, a semejanza de *Roe*<sup>(15)</sup>, también está “terriblemente equivocado”. Se han escrito muchos sustanciales artículos con críticas a esta sentencia, desde el mismo día en que fue pronunciada, con prolija enumeración de los vicios en que ha incurrido. Quisiéramos, no obstante, señalar aquí algunos en particular.

En ese sentido, tres son los que consideramos más crasos, y de tal entidad, que le quitan toda autoridad como precedente con relación a los juicios en los que actualmente se debate la validez de la ley 27.610, respecto a una de las cuestiones fundamentales: la inconstitucionalidad del aborto libre, incausado o inmotivado, es decir por decisión *ad nutum* de la madre, hasta la semana catorce del embarazo<sup>(16)</sup>.

### i. La interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño

El primer error de este fallo, y seguramente el más notorio, es la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>(17)</sup> que postuló. No solo se tergiversó la importancia del preámbulo en esta materia, sino que, peor aún, se negó implícitamente su literalidad. Asimismo, se alteró *contra legem* el alcance de la decla-

de *Roe* y *Casey* y la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Esa disposición se ha sostenido para garantizar algunos derechos que no se mencionan en la Constitución, pero tal derecho debe estar ‘profundamente arraigado en la historia y tradición de esta Nación’ e ‘implícito en el concepto de libertad ordenada’. *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702, 721 (1997) [...]. El derecho al aborto no entra dentro de esta categoría. Hasta la última parte del siglo XX, tal derecho era completamente desconocido en la ley estadounidense”. *Dobbs* (slip. op.), p. 5.

(11) Compárese con el caso “Portal de Belén” (Fallos: 325:292, sentencia del 5/3/2002) en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó: “[q]ue esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339)” (considerando 12). En efecto, en nuestro país el derecho natural tiene reconocimiento explícito como fuente de derecho, dado que el Preámbulo de la Constitución Nacional señala a “Dios” como “fuente de toda razón y justicia”. Santo Tomás de Aquino explicaba: “Por lo mismo, hay también en ella una participación de la razón eterna en virtud de la cual se encuentra naturalmente inclinada a los actos y fines debidos. Y esta participación de la ley eterna en la criatura racional es lo que se llama ley natural” (Tomás de Aquino, *Summa Theologica* II-IIae q. 91 a. 2.).

(12) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, “Declaración en defensa de la vida y pedido de veto”, 28/7/2020. Disponible en <http://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2020/08/Declaraci%C3%B3n-en-defensa-de-la-vida-y-pedido-de-veto.pdf> (fecha de consulta: 13/8/2022).

(13) B.O. 15/1/2021.

(14) En el Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Nacional del proyecto de ley de legalización del aborto, del 27/11/2020, se dijo: “Ese debe ser el compromiso del Estado con las mujeres y con la sociedad en su conjunto y **ese compromiso está redactado en cada una de las disposiciones de la presente iniciativa** y, en caso de convertirse en ley, ese compromiso será una realidad que, estoy convencido, nos hará una sociedad más plural, más respetuosa de nuestras diferencias, más humanitaria y menos desigual. Ese compromiso es el que nos vienen pidiendo honrar los órganos de seguimiento de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional firmados por la Argentina; **son los mismos compromisos internacionales que guiaron el fallo de nuestra CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en el caso conocido como ‘F.A.L.’**, y por los que el Estado argentino fue encontrado responsable internacionalmente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por no garantizar el acceso efectivo al aborto no punible en el caso ‘L.M.R. vs. Argentina’, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11” (el resaltado es añadido).

(15) Expresamente citado en “FAL” (considerando 5).

(16) El artículo 4° de la ley 27.610 dice: “Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar **tienen derecho** a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional” (el resaltado es añadido).

(17) Considerando 13.

ración efectuada en la ley 23.849<sup>(18)</sup> –que aprobó la Convención–, pues de su texto surgía que debe considerarse la existencia del niño “desde la concepción”<sup>(19)</sup>. En cambio, la Corte sostuvo que, por no constituir una “reserva”, la protección desde la concepción no estaba incluida dentro de la condición de vigencia de la Convención a los fines del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, que la incorporó con rango constitucional.

Es manifiesto que, en las partes del fallo en que se trataron estas cuestiones, se realizó una interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), aprobada por la ley 19.865<sup>(20)</sup>, totalmente contraria a lo que surgía de su texto con meridiana claridad<sup>(21)</sup>.

Dijo la Corte Suprema en “FAL”:

“En efecto, de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN4/1989/48, 2 de marzo de 1989) [...]”<sup>(22)</sup>.

“Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención ‘debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción’, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones Nº 51 –1.2; 1.3–)”<sup>(23)</sup>.

Compárese ahora con lo que señalan los artículos de la Convención de Viena en relación a lo que debe entenderse por “reserva”, así como con lo referente a las reglas que corresponde aplicar en la interpretación de los tratados, todo lo que la Corte omitió citar y analizar:

En el artículo 2º, bajo el título “Términos empleados”, se indica en el inciso 1: “Para los efectos de la presente Convención: [...] d) Se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, **cualquiera que 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 [...]”<sup>(24)</sup>.

Por su parte, en el artículo 19, se establece que “[u]n Estado podrá formular una reserva en el momento de

firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) Que la reserva esté prohibida por el tratado; b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

Asimismo, en el artículo 31, bajo el epígrafe de “Regla general de interpretación”, se dispone: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: [...] b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado [...]”.

En tales condiciones normativas, resulta absolutamente evidente que la intención de la República Argentina de incluir bajo la protección de la Convención sobre los Derechos del Niño a las personas por nacer desde la concepción, fue formalmente realizada según el derecho internacional –como lo prueba su inscripción en estos términos en la Organización de las Naciones Unidas<sup>(25)</sup>–, pues la declaración realizada por nuestro país debe ser considerada, de pleno derecho, como una “reserva” “cualquiera sea el alcance de su denominación”.

No obstante, sin perder la condición jurídica aludida, desde el punto de vista técnico, la denominación “declaración interpretativa” fue la correcta, pues la Convención sobre los Derechos del Niño no dispone que estos lo sean desde el nacimiento, o que se aplique solo a partir de este hecho, u otras fórmulas que vedaran su aplicación para el no nacido. Es acorde, además, con sus propios considerandos, que tienen presente que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En consecuencia, haber llamado reserva a lo que nominalmente en forma común se entiende por tal era impropio. Es manifiesto que no quería impedirse la aplicación de alguna cláusula o parte de la Convención, sino todo lo contrario. Ese si era el caso del régimen de la adopción internacional, respecto al que se utilizó aquel término –“reserva”– porque se excluía la aplicación de ese régimen en el derecho argentino. Por ello, es absurdo y arbitrario lo que señala la Corte de que esta última circunstancia era demostrativa de que no se había realizado una reserva con la finalidad de quitarle a la protección de los niños por nacer la jerarquía constitucional que el artículo 75, inciso 22, le otorga.

A su vez la “declaración interpretativa”, que, lo reiteramos, jurídicamente es una reserva, resulta plenamente válida porque: 1) no estaba prohibida en general ni en lo específico, y 2) mucho menos resulta incompatible con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño. De hecho, para que así fuera: a) el artículo 1º no hubiera definido como niño a “**todo ser humano**”<sup>(26)</sup> –esto es, sin exclusión– y, en cambio, expresamente hubiese mencionado que se es niño –por lo menos a los efectos de la aplicación de la Convención– desde tal grado de desarrollo o desde el nacimiento, cosa que no efectuó, y b) el Preámbulo no hubiera mencionado expresamente que el niño –sin distinción– requiere protección también “antes del nacimiento”.

Debe tenerse además en cuenta que, respecto de esta Convención, los países en los que se encontraba legalmente vigente la práctica del aborto efectuaron declaraciones en sentido contrario<sup>(27)</sup>.

(25) Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, véase: [https://digitallibrary.un.org/record/175782/files/CRC\\_C\\_2\\_Rev.3-ES.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/175782/files/CRC_C_2_Rev.3-ES.pdf). En este documento, bajo el epígrafe de “Textos de las declaraciones, reservas, objeciones y comunicaciones”, se encuentran las efectuadas por todos los países firmantes. Las de la República Argentina están en la p. 13.

(26) El resaltado es añadido.

(27) Por ejemplo: “El Gobierno de la República Francesa declara que esta Convención, particularmente el artículo 6, no puede interpretarse en el sentido de que constituye un obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la legislación francesa relativas a la interrupción voluntaria del embarazo” (documento citado en nota 18, p. 19). “El Gobierno de Luxemburgo declara que el artículo 6 de la presente Convención no ofrece ningún obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la legislación de Luxemburgo referentes a la información sexual, la prevención de los abortos clandestinos y la reglamentación de la interrupción del embarazo” (ídem, p. 23). Es de destacar que

(18) B.O. 22/10/1990.

(19) El artículo 2º de la ley 23.849 dispuso: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: “La REPÚBLICA ARGENTINA hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la CONVENCION 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 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Con relación al artículo 24 inciso f) de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Con relación al artículo 38 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPÚBLICA ARGENTINA declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia”.

(20) B.O. 1/1/1973.

(21) La primera interpretación de las normas debe siempre ser la literal (Fallos: 319:2617 y dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 328:43, entre otros).

(22) Considerando 13.

(23) Ídem.

(24) El resaltado es añadido.

Por ello, los razonamientos de la Corte Suprema en “FAL”, para desvirtuar lo actuado internacionalmente por los órganos competentes de nuestro país, a través de toda clase de preciosismos rituales forzados e inconsistentes, se parecen más a los de un litigante temerario que a los del Tribunal Supremo de un estado. De manera que solo pueden ser entendidos desde razones ideológicas a los fines de intentar derribar la valla constitucional que ordenaba la protección de la vida desde la concepción, y que interpretada con verdad y de buena fe es absolutamente infranqueable.

En efecto, la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 ratificó este alcance al incorporarla en el artículo 75, inciso 22, con la siguiente regla: “En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”. Estas condiciones, de acuerdo con el derecho internacional, no pueden ser otras que las aprobadas por la ley 23.849.

La consecuencia es inmediata para afirmar, sin hesitación, que el artículo 4, párrafo primero, de la ley 27.610, es claramente inconstitucional. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce tanto “el derecho intrínseco a la vida”<sup>(28)</sup> del niño como su “interés superior”<sup>(29)</sup>, lo cual es absolutamente incompatible con una legislación de rango inferior que defiera a la sola voluntad de la madre<sup>(30)</sup> la determinación acerca de si el hijo no nacido vivirá o no<sup>(31)</sup>.

Ello lleva directamente a un próximo punto: las argumentaciones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizó respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), las que tampoco poseen la más mínima autoridad intelectual y moral para obligar.

#### ii. Los argumentos acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Dijo la Corte en “FAL”:

“Que de las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal”<sup>(32)</sup>.

Ahora bien, si consideraba ello así, cual es la razón para, sin analizar ninguno de los términos empleados por los artículos que citaba<sup>(33)</sup>, concluir de modo general párrafos más adelante que “la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, **la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste**”<sup>(34)</sup>.

Es claro que el derecho a la vida del ser humano inminente es absoluto. Es el único derecho absoluto. Nunca lícitamente puede ser negado por ninguna ley. Otra cosa es la no punibilidad, es decir, la limitación de la convenien-

cia del castigo que el legislador penal puede considerar en ciertas circunstancias.

Es evidente que admitir el aborto incausado o libre hasta la semana catorce del periodo gestacional también es inconstitucional a la luz de esta Convención. Porque, aunque se diga que la mención “en general” se refiere específicamente al “a partir del momento de la concepción”, ello no obsta a la aplicación de la regla de la Convención de que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Ciertamente, el aborto inmotivado es arbitrario, pues no puede interpretarse que el Pacto de San José haya dejado esa protección en la esfera de la decisión de los Estados en una extensión en la que directamente quede suprimido<sup>(35)</sup>, cuando el artículo claramente no efectúa exclusión de ninguna clase de persona, ya que emplea el término “nadie”, en concordancia con la expresión “toda persona”. En suma, con independencia del margen de decisión que pueda corresponder al legislador interno, así como de la supuesta existencia de casos en que el aborto podría ser admisible según la Convención, es evidente que el aborto inmotivado o a sola decisión de la madre no puede ser uno de los supuestos legítimos.

En un *obiter* de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso “Artavia Murillo”<sup>(36)</sup>, posterior a “FAL”, se intentó salvar esa valla dispuesta en el texto de la Convención. Así, la Corte IDH señaló en el párrafo 264 que la expresión “en general” del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos importa que la protección del derecho a la vida “es gradual e incremental”<sup>(37)</sup>. Es notable que la CorteIDH cita<sup>(38)</sup> en apoyo de su decisión, además de *Roe*, el pronunciamiento “FAL”, efectuado muy poco tiempo antes<sup>(39)</sup>. Es posible inferir cierta alineación, con propósitos ideológicos de muchos organismos, tendientes a preparar la legalización del aborto en Latinoamérica.

Sobre esto cabe decir que, en primer lugar, “Artavia Murillo” no se vinculaba con aborto alguno por parte de una mujer; tampoco nuestro país fue parte, por lo que mal podría esa sentencia tener algún carácter de obligatoria, ni siquiera con valor de precedente jurisprudencial, dado que la Convención Americana no lo establece para los países firmantes<sup>(40)</sup>.

Ahora bien, esa interpretación carece, aun como *obiter* en sentido estricto, de toda autoridad doctrinal. En efecto, dado que se trató de un supuesto de fertilización *in vitro*<sup>(41)</sup> y la Corte interpretó que la concepción solo se producía con la anidación en el cuerpo de la mujer del óvulo fecundado, esa formulación en términos generales ni siquiera tuvo aplicación real al caso resuelto y mucho menos puede extenderse a otro supuesto: la práctica del aborto.

Pretender aplicar obligatoriamente esa doctrina al aborto en Argentina es, por ello, de por sí contrario a los principios de orden constitucional bajo el artículo 27 de la Constitución Nacional. Entre tales principios, debe comprenderse la prohibición de que los jueces efectúen declaraciones generales de derecho violatorias de la división de poderes, circunstancia que de ninguna manera podría interpretarse que la suscripción de la Convención Americana por nuestro país autorizó a obviar. Es que se genera-

muchos otros países en que se encuentra legalizado el aborto, con algún grado de generalidad en los primeros meses, no efectuaron observaciones directas sobre el particular dada la condición jurídica que le otorgan a la Convención en su derecho interno o en relación a distintas disposiciones del tratado. Así, por ejemplo, “La República Federal de Alemania también declara que la Convención no se aplica directamente en el ámbito interno” (p. 10).

(28) CDN, Artículo 6: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

(29) CDN, Artículo 3: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

(30) “Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar”, según denomina el artículo 4º de la ley 27.610.

(31) En efecto, el artículo 29 de la Constitución Nacional fulmina de “nulidad insanable” a cualquier delegación o concesión de facultades por las que, entre otras, “**la vida** [...] de los argentinos **queden a merced de gobiernos o persona alguna**” (el resaltado es añadido). La diferenciación literal expresa entre autoridad estatal y privada no deja duda, sin necesidad de recurrir a interpretación analógica o extensiva de que la prohibición constitucional es directamente aplicable a las facultades de vida o muerte otorgadas por la ley 27.610.

(32) Considerando 10, primer párrafo.

(33) CADH, Artículo 1: “[...] 2. Para los efectos de esta Convención, **persona es todo ser humano**”. Artículo 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. 4. Derecho a la Vida: “1. **Toda** persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. **Nadie** puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]” (el resaltado es añadido).

(34) El resaltado es añadido.

(35) En tanto el fallo propone una exégesis irrazonable de la norma aplicada que la desvirtúa y la torna inoperante (Fallos: 325:1571; 337:567, entre otros).

(36) Corte IDH. Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). En adelante, “Artavia Murillo”.

(37) “La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”. “Artavia Murillo”, párr. 264.

(38) “Artavia Murillo”, párr. 262.

(39) Recuérdese que “FAL” es de marzo de 2012; mientras que “Artavia Murillo” es de noviembre de ese mismo año.

(40) CADH, Artículo 68: “1. Los Estados Partes en la Convención **se comprometen a cumplir la decisión** de la Corte **en todo caso en que sean partes**” (el resaltado es añadido).

(41) Párrs. 62 y ss.

ría de este modo, así como con la supuesta obligatoriedad de las recomendaciones o informes de las comisiones internacionales, un régimen exorbitante del derecho de los tratados, debido a la posibilidad de sorpresa y deslealtad en relación con las condiciones y términos de las convenciones que la República Argentina tuvo verdadera intención de suscribir.

Es absurdo en sí mismo el concepto de “gradual e incremental” aplicado al derecho a la vida, porque se vive o no se vive, y por ello es un derecho insusceptible de más o de menos, tales como a aquellos a los que la Convención se refiere en su artículo 26 bajo el título de “Desarrollo Progresivo” mencionando a “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura” y, por lo tanto, resulta una extrapolación manifiestamente arbitraria. En efecto, el artículo 27 de la Convención regula, en el capítulo “Suspensión de Garantías”, los supuestos en que es posible la suspensión de algunos derechos: en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, y excluye expresamente, en el párrafo 2º, a los de los derechos: artículo 3º (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); artículo 4º (derecho a la vida); artículo 5º (derecho a la integridad personal); artículo 6º (prohibición de la esclavitud y servidumbre); artículo 9º (principio de legalidad y de retroactividad); artículo 12 (libertad de conciencia y de religión); artículo 17 (protección a la familia); artículo 18 (derecho al nombre); artículo 19 (derechos del niño); artículo 20 (derecho a la nacionalidad), y artículo 23 (derechos políticos, y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos). Nótese, además, que en el artículo 4.5 la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la pena de muerte no se “aplicará a las mujeres en estado de gravidez”, sin distinguir período alguno respecto a esa condición, precepto que ratifica en un todo que no cabe sino interpretar que la protección de la vida del ser humano desde la concepción establecida en el párrafo 1º corresponde en plenitud.

Es que jamás podría tener cabida semejante arbitraria creación bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento del caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2017), en el que ratificó la necesidad de que las sentencias de aquel tribunal –dictadas en casos concretos en los que nuestro país fuera parte– sean conformes a nuestros principios de orden constitucional (artículo 27, Constitución Nacional). Precisamente, eso se reiteró, frente a una nueva sentencia de la Corte IDH, en el pronunciamiento del 5 de febrero de 2017<sup>(42)</sup>.

La aplicación de esa supuesta gradualidad e incrementalidad, con el argumento de que en nuestro derecho interno los derechos son relativos y su ejercicio solo puede ser conforme a la ley que los regula (artículo 14, Constitución Nacional), no puede tener aplicación contra el niño por nacer, porque justamente resultaría autocontradictoria.

La cuestión es grave, también a nivel legislativo. Visto que la ley 27.610 no exige la concurrencia ni la invocación de motivo alguno a la mujer o persona gestante hasta la semana catorce del proceso gestacional, surge que sustancialmente se le otorga un derecho de carácter absoluto. Ello así porque, literalmente, tiene el derecho a suprimir el derecho a la vida del ser humano por nacer, pues la interrupción voluntaria del embarazo se realiza mediante la muerte intencional del *nasciturus*, para su posterior expulsión del seno materno. No se concilia o armoniza un derecho con otro, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe realizarse en los casos de concurrencia de derechos<sup>(43)</sup>, sino que se le da a uno total supremacía, quedando el otro derecho totalmente eliminado en forma definitiva.

### iii. “FAL” frente a la manda del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional

No menos suerte corre lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “FAL” respecto del artículo

75, inciso 23<sup>(44)</sup>, que confirma la aplicación a los niños nonatos de la protección de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada en el inciso anterior.

En el considerando respectivo la Corte afirmó, sobre esta norma, que “en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, **de esta norma, nada se puede derivar para definir**, en el sentido que se propugna, **la cuestión relativa a los abortos no punibles en general**, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular”<sup>(45)</sup>.

¿Cómo es posible que la Corte sostenga la irrelevancia de dicha norma cuando es la propia Constitución Nacional la que califica expresamente de “niño” al que todavía no ha nacido?

En efecto, dos veces utiliza el término “embarazo”, uno refiriéndolo al “niño” y otro a la “madre”, lo que evidencia que ambos son los sujetos de la protección: el primero “desde” el embarazo, la segunda “durante” el mismo. Que desde la concepción ya se cursa el embarazo es innegable, tanto desde las ciencias médico-biológicas como por más de doscientos años de tradición jurídica ininterrumpida, que tornan indudable que la Constitución lo empleó de este modo. Hacer un distinguo que ella no efectúa, a partir de tal o cual semana, sería una indebida exclusión.

Que esta calificación sea hecha con ocasión de una referencia al dictado de un programa de seguridad social no la altera ni la impide: es absurdo por contradictorio ser “niño” a un efecto y no a otros, en especial para el derecho más importante –la vida–, y sin el cual aquella manda constitucional no puede tener aplicación. También lo es alegar un uso inadvertido de ese término por el constituyente al incluir al no nacido. Por el contrario, es inequívoco su preciso sentido técnico concordante con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el inciso anterior.

Por ello, con independencia de cómo la interpreten organismos o tribunales internacionales, si para la Constitución Nacional el ser humano por nacer es un “niño”, por imperativo de ella se le debe aplicar la convención respectiva, y legalizar una privación de su derecho intrínseco a la vida es siempre ilícito e inconstitucional.

Nuevamente aquí, bajo cualquier regla de interpretación válida, según pautas de la propia Corte, la sentencia carece de las condiciones para ser considerada como precedente constitucional válido<sup>(46)</sup>.

(44) El artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, ordena al Congreso: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

(45) Considerando 9º (el resaltado es añadido).

(46) Es evidente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ejercido sus facultades en exceso del artículo 116 de la Constitución Nacional. El tribunal en “FAL” señala en apoyo de su interpretación: “Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente [ver al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2.- Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 6145/6198]. Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental” (considerando 9). Pero estas menciones no hacen sino demostrar el exceso que venimos señalando merced al amañamiento del fallo. Si la materia a resolver era una cuestión de no punibilidad en el Código Penal, de ningún modo debió el tribunal adentrarse en consideraciones generales sobre el derecho a la vida. Uno de los autores de este trabajo puede afirmar, por su condición de convencional constituyente, que, efectivamente, en los debates se afirmó que las excepciones para casos especiales –como el del artículo 86, inciso 2, del Código Penal entonces vigente– le correspondían al legislador penal, dado que la Constitución no era una norma de esa naturaleza. Pero lo que no es cierto, como se colige del fallo, es que no se hubiera tenido intención de establecer la protección constitucional del derecho a la vida desde la concepción mediante la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia (ley 23.849), ni que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional no tuviera ninguna relación con este derecho, dado que resulta una evidente y coherente aplicación en lo específico, razón por la cual utiliza la calificación de “niño” respecto del no nacido, tal como explicamos en el texto.

(42) CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia del 14/2/2017. Fallos: 340:47.

(43) Véase, por ejemplo, CSJN “Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531”, 18/4/1989, Fallos: 312:496.



Es que, por lo demás, no era en absoluto necesario efectuar el tratamiento en general que realizó, lo que solo puede explicarse bajo la intención soslayada de preparar el terreno para la sanción de una ley como la actualmente vigente.

En efecto, la Corte solo debía analizar, conforme a su jurisprudencia, si la no punibilidad establecida en el inciso 2, del Código Penal entonces vigente (ahora modificado por la ley 27.610) –de antigua data en el derecho comparado–, era compatible o no con los textos constitucionales vigentes, cosa que en realidad no realizó correctamente, utilizando en su lugar un camino elíptico para, en un caso abstracto<sup>(47)</sup>, elevar indebidamente causales de exculpación y exención de pena a la categoría de un verdadero derecho sustancial a abortar<sup>(48)</sup>, en lugar de examinar si aquellas causales resultaban razonables conforme a los principios generales del derecho penal y a las facultades del legislador en materia criminal según la Constitución Nacional. Pero lo más grave es que para llegar a aquella conclusión se adentró en cuestiones que excedían el caso y negó de modo general que la protección del niño por nacer, que emana de aquellas claras normas, tuviera rango constitucional. Mandó además, exorbitantemente, a dictar protocolos a las provincias<sup>(49)</sup>, en clara invasión de sus facultades, reglamentó y condicionó el derecho a la objeción de conciencia al punto de negar en algunos casos su existencia<sup>(50)</sup>, omitió, además, señalar cualquier circunstancia que obstara al aborto en aquellas causales de no punibilidad para períodos avanzados de gestación, lo que la convierte, ciertamente, en más bárbara y cruel que *Roe*<sup>(51)</sup>, porque conscientemente no consideró una solución que causara menos daño. La doctrina, trágicamen-

(47) Al igual que en *Roe*, en el considerando 5, se invoca la situación de que de lo contrario siempre llegaría tarde un pronunciamiento de estas características. No observamos que igual vara estén aplicando en la actualidad los tribunales inferiores, con honrosas excepciones, respecto a los planteos contra la ley 27.610, toda vez que de la “falta de caso” e “inexistencia de legitimación” han hecho una muletila con la sola finalidad de rechazar *in limine* las demandas o amparos presentados, vedando, con alegación de razones puramente formales –en realidad, verdaderas “chicanas”, según definición del diccionario de la RAE– la sustanciación del juicio de manera de omitir conscientemente el análisis en una sentencia de fondo de la más importante cuestión constitucional que se pudiera presentar: el derecho a la vida.

(48) Considerando 25: “Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que 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” (el resaltado es añadido). Innecesario resulta mencionar la falacia de la afirmación general realizada por la Corte. El Código Penal abunda en ejemplos de no punibilidad de conductas que continúan siendo ilícitas. Además, a través de esta afirmación, la Corte avasalló las competencias provinciales imponiéndoles la realización de abortos en forma directa. La “exhortación” del punto 2 de la parte dispositiva de la sentencia es solo un barniz para disimular una verdadera obligación requerida imperativamente en violación del federalismo.

(49) Punto dispositivo 2: “Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”.

(50) Considerando 29: “Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”. Semejante abuso de competencias llega a causar verecundia. Con razón se ha afirmado que “FAL” es el peor fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en toda su historia.

(51) En efecto, señaló trimestres en los que los estados podían tener interés de proteger la vida del ser humano en gestación. La ley 27.610 expresamente no limita temporalmente el denominado derecho al aborto en las causales de violación y salud, ni siquiera para el caso de que exista plena y perfecta viabilidad –tal como se la ha denominado– y pudiera evitarse la muerte de un ser humano inocente adelantando su nacimiento sin ningún riesgo para la madre.

te, se ha trasladado a la ley 27.610, con el agravante de que, con el antecedente de lo dispuesto por la Corte<sup>(52)</sup>, no existe necesidad de denuncia o mínima acreditación de la violación<sup>(53)</sup>, a pesar de la posibilidad de que podrían producirse casos fabricados, tal como expresamente lo previó e infravaloró la Corte en “FAL”<sup>(54)</sup>, y como efectivamente demostró la experiencia a partir de su implementación<sup>(55)</sup>. Esta omisión, analizada a la luz del daño irreparable a un tercero<sup>(56)</sup>, también es irrazonable.

### 3. Conclusión

En síntesis, ni nuestra Constitución ni el resto de nuestro ordenamiento jurídico son neutrales en lo que respecta a la afirmación de la vida humana del ser humano, en cualquier estadio de su desarrollo, y por lo tanto tampoco lo son con relación a la obligación del Estado de proteger su vida en la mayor medida posible. Como a la vida de todo ser humano, cualquiera sea su edad. Pero también, como ocurrió en Estados Unidos, estamos mal por causa de otra decisión judicial “*egregiously wrong*”: “FAL”.

Aquí nuestra Corte hizo algo peor que lo cometido por su similar norteamericana en *Roe*. En *Roe* se inventó un derecho, en “FAL” en sus fundamentos –no en su decisorio con valor de precedente para casos similares<sup>(57)</sup>– se negó el derecho a la vida expresamente reconocido por la Constitución. Nuestra Corte Suprema es un excelente Tribunal de Justicia que, como es posible y frecuente en todo lo humano, ha cometido un error. Error que, como *Dobbs* lo ha demostrado, puede ser corregido. Esperemos que la corrección no tarde cincuenta años: muchos inocentes morirán durante tan largo tiempo.

**VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - JURISPRUDENCIA - TRIBUNALES EXTRANJEROS - DERECHO COMPARADO - DELITOS CONTRA LA VIDA - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - JUECES - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - MINISTERIOS - OBRAS SOCIALES - ESTADO EXTRANJERO - ABORTO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL**

(52) Además de constituir una extralimitación, también se invaden las competencias locales, dado que “su aplicación” les corresponde, en este caso, a los tribunales provinciales de conformidad con el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

(53) Considerando 27.

(54) Considerando 28.

(55) El aumento de casos de aborto por esta causal no parece adecuarse a los índices de embarazo para supuestos de violaciones ocasionales. En el mejor caso, ese número mostraría que el régimen creado por “FAL” (continuado y agravado en la ley 27.610) solo sirve para aumentar las chances de impunidad de los violadores, encubriendo abusos sexuales intrafamiliares, especialmente de niñas y adolescentes. Antes de la legalización se registraban aumentos en los abortos “legales”; por ejemplo, véase Pissetta, A., “Fuerte aumento de abortos legales realizados en la Ciudad de Buenos Aires”, Perfil, 17/10/2019, disponible en <https://www.perfil.com/noticias/equipode-investigacion/interrupciones-legales-embarazo-caba-aumentaron-exponencialmente-aborto.phtml> (fecha de consulta: 16/8/2022). Las cifras siguieron en aumento luego de la ley 27.610, véase: Ministerio de Salud de la Nación, “ImplementAR IVE-ILE: Ley 27.610”, informe anual 2021. Disponible en <https://bancos.salud.gob.ar/recurso/implementar-ive-ile-ley-27610-informe-anual-2021> (fecha de consulta: 16/8/2022).

(56) Cfr. artículo 19 de la Constitución Nacional. Cabe aclarar que la dependencia de la instancia de la víctima respecto al ejercicio de la acción penal en los delitos contra la integridad sexual (artículo 72, Código Penal), es una cuestión de índole meramente legal, totalmente diferenciada de aquellas de naturaleza constitucional como la ilicitud del daño a un tercero inocente, o la del agravamiento de esa posibilidad ante la inexigibilidad de mínimos y elementales recaudos –por ejemplo, la denuncia o algún otro de carácter objetivo–, por cuya omisión se aumenta desproporcionadamente el riesgo de la utilización del régimen de simple declaración jurada –establecido por la Corte– para procurar abortos en casos en los que, de acuerdo a la verdad real, el embarazo no es producto de una violación.

(57) Solo aborto en caso de violación de menor de edad.