

Título: Retroceso del derecho humano a la vida en un fallo de la CSJN sobre aborto

Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás

Publicado en: LA LEY 21/03/2012, 21/03/2012, 1 - LA LEY2012-B, 271

Cita Online: AR/DOC/1205/2012

Sumario: I. Introducción. II. El incuestionado reconocimiento en autos de la personalidad del por nacer. III. ¿El derecho a la vida no merece protección absoluta?. IV. El derecho a la vida en otros fallos de la Corte Suprema. V. Consideraciones sobre el derecho a la vida y su protección penal. VI. Conclusiones.

#### I. Introducción

El 13 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso "A. F. s/medida autosatisfactiva" confirmando el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que, en marzo de 2010, autorizara la realización de un aborto respecto de la joven A. G., de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro. De esta manera, rechazó el recurso extraordinario que, en representación del nasciturus, interpusiera el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut.

Se trata de una compleja sentencia y en el presente comentario nos limitamos a formular algunas primeras apreciaciones sobre lo que consideramos uno de los temas centrales del debate: el derecho a la vida de la persona por nacer ante los casos de abortos no punibles.

En este sentido, nos proponemos realizar una aproximación crítica al fallo, considerando en primer lugar el punto referido a la personalidad del nasciturus en la sentencia. Luego analizamos de qué manera aborda el Máximo Tribunal la protección jurídica del derecho a la vida del por nacer, para formular posteriormente una comparación con otros precedentes del mismo Tribunal. Finalmente, formulamos algunas consideraciones sobre el derecho a la vida y su protección penal y unas conclusiones sobre las alternativas que tenía la Corte Suprema al momento de dictar sentencia.

#### II. El incuestionado reconocimiento en autos de la personalidad del por nacer

En primer lugar, parece oportuno comenzar remarcando que en el caso nunca se cuestionó el carácter de persona del niño por nacer, a quien finalmente se le provocó la muerte antes de su nacimiento. En efecto, fue justamente el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut en su carácter de Tutor ad litem y Asesor de Familia e Incapaces (considerando 3º), reconocido como una parte distinta de la madre y la abuela del por nacer, quien llevó la cuestión al más alto Tribunal mediante un recurso extraordinario. Posteriormente, señala el considerando 4º de la sentencia que se le confirió "traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del nasciturus y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida".

Ya en la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, el Dr. Caneo afirmó: "quiero dejar bien en claro que el hecho de que el Código Penal establezca un régimen de excepcionalidad a la punibilidad del aborto no autoriza a desconocer la obligación positiva de proteger, en general, la vida desde la concepción". Los Dres. Pasutti y Royer también reconocieron en sus votos que la existencia de la persona comienza desde la concepción, aunque sostuvieron el carácter relativo del derecho a la vida.

En el fallo de la Corte Suprema, los considerandos 9 a 13 están dedicados a analizar si las normas Constitucionales y Convencionales referidas a la persona por nacer podían llevar a una interpretación amplia o restringida del artículo 86 inciso 2 del Código Penal. Y justamente en esos considerandos queda evidenciado que en autos nunca se cuestionó que estábamos ante una persona (ya muerta, por cierto), y por tanto ante un titular del derecho a la vida.

Este punto diferencia notablemente el fallo que analizamos de muchos otros pronunciamientos judiciales, proyectos de ley o legislaciones, en los que se discute cuándo comienza la vida humana o se cuestiona la plena personalidad del concebido.

En la doctrina nacional algunos autores realizan una diferenciación entre persona nacida y por nacer, de modo que calificando al concebido como "vida humana en formación" o "vida humana dependiente" o "vida potencial" se le otorga un status jurídico de menor protección y se autoriza su eliminación, a pesar de que se habla de protegerla constitucionalmente. En esta línea argumental podemos encontrar a Aída Kemelmajer de Carlucci, quien sostiene: "no discuto que conforme la reserva hecha por la República Argentina a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, para el ordenamiento argentino, la vida potencial empieza desde la concepción; pero la cuestión a debatir es qué sucede con esa vida potencial cuando entra en conflicto con derechos fundamentales de personas que viven ya". (1) Por su parte, dice Andrés Gil Domínguez: "según la perspectiva del derecho constitucional enfatizamos que: a) desde la unión del gameto masculino (esperma) con el gameto femenino (óvulo) de la cual surge el huevo o cigoto hay vida humana, a la que llamamos 'vida humana en formación o vida humana dependiente', b) en el momento de la formación del huevo o cigoto, la vida

humana es un valor constitucional que debe ser protegido constitucionalmente". (2)

Por nuestra parte, disentimos con estas opiniones, entendiendo que la personalidad jurídica se debe reconocer a todo ser humano por el solo hecho de ser tal, sin condicionamientos ni discriminaciones según edad, sexo o cualquier otro atributo. (3)

La Corte Suprema, de manera coherente en este punto con sus propios antecedentes, no entra en estas distinciones entre vida plena y vida potencial o en formación y reconoce al concebido como ser humano y como persona aunque, como veremos, conculca gravemente su derecho a la vida.

### III. ¿El derecho a la vida no merece protección absoluta?

El nudo del fallo, que ciertamente se encuentra en la determinación de los alcances del derecho a la vida de la persona por nacer y si el mismo admite excepciones, lo podemos encontrar en el considerando 10° cuando se sostiene:

"Que de las previsiones establecidas en el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4° 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 2°, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, "Baby Boy", y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos). Por su parte, de la previsión contemplada en el artículo 3° de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, tampoco se puede derivar base alguna para sustentar la tesis postulada por la parte. Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4° 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".

Aunque el considerando que comentamos se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta extensivo a todo el fallo, pues es en este punto donde la Corte, sin brindar mayores razones, determina que el derecho a la vida no es merecedor de una protección absoluta y deja despejado el terreno para considerar los temas vinculados con la interpretación del artículo 86 inciso 2 del Código Penal referido al aborto. Si la Corte hubiera resuelto que la vida por nacer merecía una "protección absoluta", no hubiera habido margen para el resto de los argumentos que se tratan en los considerandos 14 y siguientes.

Creemos que la Corte ha incurrido en una grave inconsistencia jurídica. El derecho a la inviolabilidad de la vida, y en especial el precepto negativo que prohíbe matar, es absoluto y no admite reglamentaciones, pues no es susceptible de grados. Es decir, la vida o se la tiene o no se la tiene, de modo que es imposible una "reglamentación" que no signifique, en los casos reglamentados, la privación del bien humano básico que es la vida. Al respecto, con Massini Correas podemos afirmar que la vida es un bien más básico que el resto, ya que reviste una definitividad y una decisividad que no corresponde a los restantes bienes. Así, si bien la perfección que provee al sujeto es menos desarrollada que otros bienes básicos como el conocimiento, la amistad, la experiencia estética, la violación de la vida supone necesariamente la violación indirecta de todos los derechos humanos, pues la permanencia en la vida es condición primera y más básica para la realización humana. (4)

En la doctrina nacional, para fundar el carácter relativo del derecho a la vida, Gil Domínguez sostiene: "...no es posible sostener, desde un punto de vista jurídico, que existen derechos que tengan una absoluta preeminencia sobre los demás, ni siquiera el importante derecho a la vida. Pues, es reconocido que en determinadas situaciones se puede privar lícitamente de la vida a otra persona, como es el caso del que actúa en legítima defensa o del que cumple con su deber matando al enemigo en el campo de batalla..."(5)

No compartimos la afirmación por múltiples motivos. En lo que concierne al argumento de la legítima defensa o de la guerra, el mismo resulta improcedente, pues se trata de actos que poseen dos efectos: preservar la propia vida y la muerte del agresor. El acto de preservar la propia vida no es reprochable, pues todo ser tiende a conservar su existencia. Sin embargo, si al proteger la propia vida se recurre a una violencia desproporcionada, el acto se torna reprochable. Por eso se afirma que la legítima defensa es un medio de conservar la vida. No concurren estas circunstancias sobre la legítima defensa en el supuesto de aborto que consideramos, desde el momento que el niño por nacer no ejerce ninguna amenaza injusta a la madre, sino que por el contrario es un ser necesitado de su cuidado y protección.

Por otra parte, creemos que nada puede justificar el hecho de quitarle la vida a otro ser humano. Sostener el carácter relativo del derecho a la vida supone abrir un antecedente que puede dejar la vida de todas las personas a merced de la decisión de los más fuertes o poderosos.

La privación del bien jurídico vida humana siempre es irreversible: "La determinación que califica como antijurídico al acto de causar la muerte por aborto proviene de un hecho incontrastable, provisto por la naturaleza misma de la realidad en juego; antes de la práctica abortiva, el niño está vivo; luego está muerto. Se le ha quitado la vida. '...Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente', así concluye el art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica, que en el Preámbulo, clave interpretativa del mismo, expresa: '...reconociendo derechos esenciales del hombre (...) que tienen como fundamento los atributos de la persona humana"'. (6)

No podemos dejar de señalar que en estos autos no se extremaron los recaudos para procurar preservar la vida del por nacer. Adviértase que al momento en que se ejecutó el aborto, el niño ya tenía 5 meses de vida, de modo que se podrían haber arbitrado medios para procurar su nacimiento, pues hoy la ciencia médica permite en la neonatología nacimientos muy tempranos. Desde la perspectiva de los mandatos constitucionales, en autos no se cumplió con lo dispuesto por el artículo 6.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece la garantía de la "supervivencia y desarrollo del niño" "en la máxima medida posible".

Retomando nuestro hilo argumental, cuando el fallo sostiene que el derecho a la vida no tiene una protección absoluta introduce un quiebre entre las nociones de persona y su derecho a la vida y ello tiene graves consecuencias. Como enseña Hernán Corral Talciani: "el reconocimiento del ser humano como persona para el ordenamiento jurídico aparece con toda su eficacia práctica cuando se conecta a la noción de persona un haz de derechos fundamentales que, en su esencia, le deben venir respetados y amparados, incluso en los casos en los que se pretendiera que su violación pudiera maximizar la utilidad o bienestar de la mayoría". (7)

La inviolabilidad de la vida humana expresa y fundamenta la misma convivencia social. Como bien afirma Úrsula Basset: "la vida humana no es tan sólo un derecho subjetivo individual, su significación es pública. Los individualismos acérrimos olvidan que el hombre vive en una comunidad. En un sentido craso, la inviolabilidad de la vida humana inocente es un bien público. Interesa al estado que la vida humana inocente sea indisponible. Esta es la perspectiva del artículo 29 de la Constitución Nacional argentina. Pero hay una segunda perspectiva necesaria: la tutela sin excepciones de la vida humana inocente tiene un grave valor simbólico: es el máximo emblema del estado de derecho... Cuando la vida humana es suprimible a elección de unos pocos, todo el edificio de derechos se desploma irreparablemente". (8)

En este punto, parece oportuno denunciar que se verifica una silenciosa retirada del derecho a la vida de la vida jurídica en temas de bioética. Romeo Casabona, al enumerar derechos fundamentales que están en juego en la genética y la biotecnología, reconoce: "las referencias al derecho a la vida, base y soporte de todos los demás derechos, no suelen ser explícitas en este contexto, bien que este derecho planea de forma casi constante en estas materias, como sucede con los dilemas que suscita el comienzo de la vida humana y sus formas previas a la gestación en relación con las posibilidades de acceso que han abierto las técnicas de reproducción asistida en conjunción con otras biotecnologías. Esto contrasta con la lógica de la enfatización que ha merecido este derecho en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros convenios internacionales sobre los derechos humanos, pero ello no es óbice para que sea ejercitable con toda su fuerza cuando resulte necesario". (9)

Claramente, poderosas fuerzas que inciden en el inicio y final de la vida han provocado un debilitamiento jurídico-positivo del derecho a la vida, que sólo "planea", y que es relativizado o reglamentado cuando entorpece el avasallador desarrollo biotecnocientífico o las pretensiones de los adultos. Lamentablemente, en estas posturas se ignora la dignidad de la vida humana y consecuentemente se mina el fundamento de su inviolabilidad, en función de los fuertes intereses que confluyen en favor de la manipulación de las primeras etapas de la vida.

#### IV. El derecho a la vida en otros fallos de la Corte Suprema

La afirmación sobre la falta de protección absoluta del derecho a la vida del por nacer de la Corte Suprema en el considerando nro. 10 del fallo que comentamos contradice expresa jurisprudencia de la propia Corte Suprema.

En primer lugar, podemos mencionar el fallo "Tanus, Silvia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" del 11 de enero de 2001 referido a la solicitud de inducción de parto presentada por la amparista en razón de encontrarse en avanzado estado de gravidez y padecer el niño por nacer anencefalia. La acción había recibido sentencia favorable del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y llega a la Corte por apelación del Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad. Allí, el fallo reconoce plenamente la personalidad del ser humano desde la concepción y que esta protección goza de jerarquía constitucional. "El alumbramiento sólo pondrá en evidencia que no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art. 2 de la ley 23.849 —aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño— y el art. 4

del la Convención Americana sobre los Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—. Todavía se encuentra vivo dentro del vientre de otra persona, su madre, de quien se diferencia desde aquel momento y no a partir de su nacimiento. En el caso, la madre carece de medios científicos para salvar la única vida de que goza su hijo, más allá de haber llevado su embarazo a un término que autoriza válidamente a inducir su nacimiento, sin que de ello resulte agravamiento de su mal. Si el niño nace con vida y logra sobrevivir, por sobre el umbral de la ciencia, el adelanto de esa circunstancia no modificará sus posibilidades. Si fallece, como se anuncia, será por sufrir la grave dolencia que lo afecta, no por haberse dado cumplimiento al paso necesario natural de la vida que consiste en el separación de su madre por efecto del parto".

En esa sentencia, la Corte se preocupó en aclarar que no se afectaba el derecho a la vida, sino que se adelantaba el parto, un acto que a juicio de la Corte, "no beneficia ni empeora la suerte del nasciturus". La sentencia aclara que "la petición de amparo no implica la autorización para efectuar un aborto y que la sentencia en recurso no contempla siquiera tal posibilidad". En tal sentido, la Corte entendía que el fallo no puede ser reputado de manera expresa como una autorización para abortar, pues "resulta evidente que no se persigue acción que tenga por objeto la muerte del feto y que el pronunciamiento apelado ordena preservar especialmente su vida, en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla". Para la Corte, "las causas y efectos de los hechos que conducen al fallecimiento —calificado como inevitable— son parte de un proceso biológico cuyo curso no puede ser alterado por medios científicos ni —ello es evidente— por sentencia judicial alguna".

El segundo caso de relevancia en esta materia es "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", del 5 de marzo de 2002, referida a la prohibición de un fármaco denominado "anticoncepción de emergencia" en razón de sus efectos abortivos en las primeras fases de desarrollo del ser humano. La doctrina sentada por esta sentencia es particularmente relevante para nuestro tema de análisis. Al igual que en el caso "Tanus", y con citas a tal antecedente, también aquí la Corte reafirma la protección de la vida humana desde la concepción y reconoce que esta protección tiene rango constitucional. "El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario". Entre los fundamentos se destaca la referencia al principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos; y por eso se ha dicho, a partir del fallo "Portal de Belén", que "...la prohibición de dar muerte a un ser humano inocente es norma de ius cogens, pues ha sido receptada por todos los sistemas de protección internacional de los derechos humanos". (10) Para la Corte "cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano". También recuerda que "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). En la causa "T., S.", antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)". Y reitera luego "que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa "T., S.", ya citada)".

Más recientemente, la Corte Suprema tuvo oportunidad de reafirmar el carácter de persona del ser humano concebido en el fallo "Sánchez" del año 2007, en virtud del cual reconoció el derecho de una abuela a percibir la indemnización prevista por la ley 24.411 con motivo de la muerte de su nieta. (11) Se trata de una aproximación al tema desde una problemática distinta a la de los dos fallos anteriores, que claramente se referían a cuestiones de bioética. En lo que aquí nos importa, debemos destacar que la Corte sostuvo que "tratándose en el caso del fallecimiento de una persona 'por nacer', vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión".

La Corte ha reiterado en numerosas ocasiones que "la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953 y 320:1294) y que, en tanto eje y centro de todo sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental (Fallos: 316:479 y 324:3569)" (CSJN, 2/6/2009, R. 735. XLII. "Rojo Rouviere, Rogelio Enrique c. Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia - Recurso de Hecho").

La centralidad del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte no concierne sólo a la vida por nacer, sino también a otros campos de la vida personal, como se sostuvo en 2010: "el llamado "valor vida" no es en sí

mismo un valor económico o susceptible de apreciación pecuniaria. Se tiene derecho a la vida o, mejor aún, derecho a vivir y existe una protección legal a este derecho, la que se efectúa en diversos planos: constitucional, penal, civil. Es éste un derecho personalísimo esencial" (CSJN, 2-11-2010, B. 1393. XXXII, "Bonansea, Cristina Margarita c. Provincia de Entre Ríos s/daños y perjuicios").

Por estos precedentes, no correspondía bajo ninguna circunstancia hacer declaraciones sobre la admisibilidad del aborto en este tipo de casos ni afirmar que el derecho a la vida no tiene una protección "absoluta", pues ello significa la eliminación de una persona humana y la consecuente vulneración de su derecho fundamental a la vida. No existe un derecho a matar a otra persona.

#### V. Consideraciones sobre el derecho a la vida y su protección penal

Creemos que los desarrollos precedentes sobre el carácter absoluto del derecho a la vida resultan suficientes para justificar una solución distinta en el fallo que comentamos. Sin embargo, queremos hacer una referencia adicional a la cuestión de la interpretación de la cláusula del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional referida a la atribución del Congreso de dictar un régimen de seguridad social para la madre y el niño desde el embarazo, y la necesidad de protección penal del derecho a la vida.

Dice la Corte Suprema en el fallo que comentamos: "La referencia específica [del artículo 75 inciso 23] al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, 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" (considerando 9)

En muy similares términos se pronunciaba Andrés Gil Domínguez cuando sostenía que "el contenido esencial del artículo incorporado se refiere al dictado de un régimen de seguridad social que se proyecta desde el momento de la concepción. Pero de ningún modo significa que es una obligación constitucional para los poderes constituidos, proteger a la vida humana en formación de forma exclusiva y absoluta por vía penal". (12)

Entendemos que la afirmación de que la Constitución manda dictar un régimen de seguridad social y "no uno punitivo" resulta restrictiva y, en los hechos, violatoria del derecho fundamental a la vida, pues sin protección penal el derecho a la vida se torna inútil y una mera declaración vacía de contenido.

Como sostiene Ursula Basset: "el estado argentino, en sus tres poderes, está obligado a garantizar la vida del niño no nacido; y cualquier acto político, judicial o legislativo en contrario a esta 'máxima garantía' de supervivencia y desarrollo será inconstitucional y constituirá un acto de gravedad institucional, lesivo de nuestra carta constitutiva (además de las eventuales consecuencias derivadas del incumplimiento de deberes constitucionalmente impuestos por parte de funcionarios públicos)". (13)

En el mismo sentido, creemos que "no existe razón real de política criminal para no punir el aborto... El derecho civil por sí solo, aun con reconocimiento normativo expreso de su ilicitud, sería en los casos de aborto voluntario de la madre, estéril como medio de protección de la persona por nacer y una vana declamación legislativa que no tendría aplicación ni siquiera por vía de daños y perjuicios". (14)

Como lo señala agudamente Arias de Ronchietto: "el bien humano ético-jurídico a defender es el resguardo integral: constitucional, penal, civil, del derecho a la inviolabilidad de cada vida humana, por serlo; porque es fundamental. El derecho es uno, de modo que, desde todas sus ramas, entre ellas, la protección penal de la vida es irrenunciable: su enérgica advertencia está destinada a exaltar de modo especial el resguardo de los bienes fundamentales de la convivencia social de una Nación". (15)

Se ha dicho con razón: "ninguna legislación ni emanada del poder constituyente, ni del poder constituido puede afectar este bien primerísimo, fundante, y antecedente a la legislación positiva. No proteger el bien jurídico 'vida' desde la concepción con un tipo penal deviene contrario a la intangibilidad de la vida humana como 'primer derecho natural' (conf. 'Saguir y Dib')". (16)

#### VI. Conclusiones

Los desarrollos precedentes permiten constatar que en este expediente nunca se cuestionó el carácter de persona del niño por nacer. Sin embargo, la Corte sostuvo que su derecho a la vida no merecía protección absoluta y en razón de ello se adoptó de manera declarativa una interpretación amplia del artículo 86 inciso 2 del Código Penal. Así, se incurrió en un exceso de jurisdicción que significa un notable retroceso del derecho humano a la vida en la jurisprudencia del máximo Tribunal.

Como sostuvo el Procurador General de la Nación y por nuestra parte dijimos en el escrito "Amicus Curiae" presentado en la causa, la cuestión en debate en estos autos era abstracta, en razón de que ya se había perpetrado el aborto que requiriera la actora, como madre de la menor A.G. En efecto, en tanto lo que se había solicitado era una autorización para realizar un aborto y ese acto ya se había cometido, correspondía declarar abstracta la cuestión debatida en autos. Ello sin perjuicio de las responsabilidades que se pudieran establecer por violentar el derecho a la vida del niño por nacer y que no eran objeto de consideración en esta causa.

Sin perjuicio de ello, si se quería hacer una sentencia declarativa sobre el tema, (17) entendemos que, encontrándose en juego el derecho a la vida de la persona por nacer, debía haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 86 inciso 2 del Código Penal, adoptando una interpretación que hiciera primar dicho derecho a la vida en su carácter absoluto e impulsando las medidas preventivas y de contención humana integral de la mujer embarazada que garantizaran salvar siempre las dos vidas en juego.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino", en Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2007 (octubre), p. 1.

(2) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Aborto voluntario, vida humana y Constitución", prólogo de Daniel Sabsay, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 109.

(3) Existe amplia doctrina que sostiene la concepción como momento en que comienza la existencia de la persona humana. Destacamos la tesis doctoral de Daniel Herrera sobre "El estatuto jurídico del embrión humano", en prensa (EDUCA, 2012). Ver también nuestra tesis doctoral, que fuera elaborada bajo la dirección de la Dra. Catalina E. Arias de Ronchietto: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente", Buenos Aires, Educa, 2011, 832 páginas, ISBN 978-987-620-172-8.

(4) MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", en AA.VV., "El Derecho a la Vida", C.I. MASSINI y P. SERNA (Editores), Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A. - EUNSA, 1998, p. 211.

(5) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Aborto voluntario, vida humana y Constitución", cit., p. 1276.

(6) ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA E., "El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible", en Revista El Derecho, Buenos Aires, n° 12.024, 9 de junio de 2008, p. 4.

(7) CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "Derecho Civil y Persona humana. Cuestiones debatidas", Santiago de Chile, Lexis-Nexis, 2007, pp. 237-238.

(8) BASSET, ÚRSULA, "En el estado de derecho, la tutela de la vida no admite excepciones", en Revista El Derecho, Buenos Aires, nro. 12.087, 10 de septiembre de 2008, p. 3.

(9) ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, "La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho", en Acta Bioethica 2002, año VIII, n. 2, pp. 294-295.

(10) GARCÍA ELORRIO, AURELIO; SCALA, JORGE, "Irreformabilidad de la doctrina sentada por la CS en el caso 'Portal de Belén'", Revista El Derecho, Buenos Aires, 2005, t. 211, p. 899.

(11) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Sánchez, Elvira Berta c. M° J y DD HH - artículo 6 ley 24.411 (res. 409/01), 22 de mayo de 2007.

(12) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Aborto voluntario, vida humana y Constitución", cit., p. 193.

(13) BASSET, Úrsula C., "Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos del Niño", en Revista El Derecho, Buenos Aires, nro. 12043, 7 de julio de 2008, p. 12.

(14) FORO UCA VIDA Y FAMILIA, "La ilegitimidad del aborto en el régimen jurídico argentino", en FORO UCA VIDA Y FAMILIA, "Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos", Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2007, p. 12.

(15) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., "El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible", cit., p. 1.

(16) BASSET, Úrsula, "La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos", en Revista El Derecho, Buenos Aires, Año XLIV, nro. 11.582, 30 de agosto de 2006, p. 2.

(17) No entramos a considerar en este trabajo, por exceder nuestras posibilidades para un primer comentario, el valor jurídico del fallo en tanto constituye una suerte de declaración para casos futuros y, por tanto, pretende dictar normas sobre cómo proceder en estos supuestos.

## Información Relacionada

Voces:

ABORTO EUGENESICO ~ DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL ~ ABORTO ~ ACCESO CARNAL ~ ABUSO SEXUAL ~ EMBARAZO ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ INSANO ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ DERECHO A LA VIDA ~ PERSONA POR NACER ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ LEGITIMA DEFENSA ~ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ~ PROTECCION DEL MENOR ~ DERECHOS DEL MENOR ~ POLITICA CRIMINAL ~ CUESTION ABSTRACTA ~ ESPIRITU DE LA LEY

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-03-13 ~ F., A. L. s/medida autosatisfactiva](#)