

//

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

FASCÍCULO 13

DIRECTOR ALEJANDRO P. F. TUZIO

2012 - II

// INVESTIGACIÓN

- 03 Acciones de clase para la tutela del consumidor en la Argentina y Brasil
Por **Francisco Verbic**

// JURISPRUDENCIA ANOTADA

- 32 **Delitos contra las personas:** Aborto – Abortos no punibles – Aborto producto de una violación – Exención de pena – Aplicación a los casos en que la víctima no es mujer idiota o demente – Decisión dependiente de la embarazada y su médico – Autorización judicial previa – Aborto practicado antes de la sentencia – Deber judicial de sentar criterio para la solución de casos futuros – Exhortación a las autoridades a remover obstáculos administrativos y fácticos para la realización del aborto
Corte Sup., 13/3/2012
- 33 ¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso “F. A. L.” y la relativización de los derechos fundamentales
Por **Pilar Zambrano y Estela B. Sacristán**
- 47 Una sentencia arbitraria: el fallo “F. A. L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Por **Alfredo M. Vitolo**

// JURISPRUDENCIA

- 56 Acerca de la nulidad de la denegatoria de excarcelación por falta de informe socioambiental
- 68 Respecto de la constitucionalidad del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable
- 76 Responsabilidad del propietario de un predio por la muerte de una persona ahogada en un lago prohibido para bañarse (con nota de **Mariano Gagliardo**)
- 82 Sobre el fraude laboral mediante las cooperativas de trabajo

Ver índice de contenido en pág. 1

SE ACOMPAÑA PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Abeledo Perrot

gado el tiempo de discutir posibles mecanismos para coordinar litigios agregados transnacionales. Mecanismos que, por un lado, serían útiles para evitar los problemas y preocupaciones que giran en torno al *forum shopping* y la

incompatibilidad de normas procesales entre los diferentes sistemas (196); y, por el otro, también permitirían arribar a soluciones colectivas más sólidas y eficientes en materia de conflictos masivos (197).

Jurisprudencia Anotada

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Aborto – Abortos no punibles – Aborto producto de una violación – Exención de pena – Aplicación a los casos en que la víctima no es mujer idiota o demente – Decisión dependiente de la embarazada y su médico – Autorización judicial previa – Aborto practicado antes de la sentencia – Deber judicial de sentar criterio para la solución de casos futuros – Exhortación a las autoridades a remover obstáculos administrativos y fácticos para la realización del aborto

1 – Aun cuando se hubiere practicado el aborto solicitado, debe decidirse sobre el pedido de autorización pues es necesario expresar el criterio para la solución de casos que puedan presentarse en el futuro.

2 – La exención de pena prevista para el embarazo producto de una violación no se limita al caso en que la víctima sea mujer idiota o demente.

3 – Limitar la exención de pena prevista para el aborto cuando el embarazo es producto de una violación al caso en que la víctima sea mujer idiota o demente resulta discriminatorio contra la mujer víctima de un hecho análogo de violencia sexual, máxime teniendo en cuenta el deber

del Estado de brindarle atención médica integral en forma continua.

4 – Reunidas las circunstancias exigidas por el Código Penal que autorizan la práctica del aborto, son la embarazada y su médico quienes deben decidir tal práctica y no el juez, por pedido del galeno.

5 – Procede exhortar a las autoridades hospitalarias nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos protocolos al más alto nivel para la concreta atención de abortos no punibles a fin de que se remuevan las barreras administrativas o fácticas al acceso al servicio médico.

6 – La autorización legal contenida en el Código Penal para abortar en el caso en que el embarazo sea producto de una violación no es inconstitucional pues configura la opción del legislador para resolver un severo conflicto de intereses –del voto de la Dra. Argibay–.

7 – La preferencia por determinado esquema de valores no basta para considerar inconstitucional la aplicación de la autorización legal para abortar también a los casos en que la víctima no es mujer idiota o demente –del voto del Dr. Petracchi–.

CORTE SUP., 13/3/2012 – “F. A. L” (*)

Con notas de PILAR ZAMBRANO y ESTELA B. SACRISTÁN, y ALFREDO M. VÍTOLO

(196) Para un ejemplo relativamente reciente de los problemas implicados en las acciones de clase que involucran personas de diferentes países, ver “*In re Vivendi Universal, S.A Securities Litigation*”. La clase en este caso es descrita de la siguiente manera: “Si eres de los Estados Unidos de América, Francia, Inglaterra u Holanda y compraste o adquiriste acciones ordinarias o American Depository Shares de Vivendi Universal S.A entre el 30/10/01 y el 14/8/2002 eres miembro de esta acción de clase” (ver www.vivendiclassaction.com).

(197) Nuevamente, pienso que la experiencia que tienen los Estados Unidos de América en materia de litigio paralelo puede aportar pautas interesantes para seguir en la materia. Algunos de los instrumentos actualmente empleados para lidiar con la coordinación de acciones de clase interestatales son: (i) *Class Actions Fairness Act*, 28 USC 1711 y ss. –2005–; (ii) *Removal*, 28 USC 1441.a; (iii) *Multidistrict Litigation*, 28 USC 1407(a); (iv) *Full Faith and Credit Clause*, art. IV, secc. 1 de la Constitución Federal estadounidense; (v) *Full Faith and Credit Act*, 28 USC 1738; y (vi) *Anti-Injunction Act*, 28 USC 2283.

(*) Ver fallo a texto completo en JA 2012-II, suplemento del fasc. n. 8, del 23/5/2012, p. 3, y en www.abeledoperrot.com.

¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso "F., A. L." y la relativización de los derechos fundamentales (*)

Por Pilar Zambrano y Estela B. Sacristán (**)

SUMARIO:

I. Planteo.- II. Hechos.- III. Abordaje procesal constitucional.- IV. Abordaje de la cuestión de derecho. Línea argumental de fondo del voto mayoritario.- V. Replanteo. La naturaleza controvertida de toda interpretación constitucional y convencional.- VI. Algunas consideraciones críticas.- VII. La semántica constructivista o la Constitución como un "árbol sin especie". Una reflexión a modo de conclusión

I. PLANTEO

A veces los fallos de la Corte Suprema modifican nuestra realidad jurídica en forma casi imperceptible; otras veces, la modifican con enorme estruendo. "F., A. L." (1) parece ser uno de estos últimos. Preanunciado por los medios casi como un suceso más del atribulado quehacer diario de nuestro país (2), "F., A. L." pone coto, en el plano objetivo, al antiguo debate penalista acerca de la interpretación del inc. 2, art. 86, CPen. Al mismo tiempo, "F., A. L." es hábil para suscitar una serie de reflexiones que podrían transitar los más variados senderos: la función política de un máximo tribunal vs. la tesis de la autorrestricción judicial por respeto a la separación de poderes; las influencias recíprocas entre poderes, específicamente, del judicial al legislativo; la discrecionalidad judicial y sus alcances, si es que los hay; los criterios de selección de casos a fallar por parte de un tribunal que no tiene plazo para resolver; el ejercicio del control de constitucionalidad vs. la pura labor interpretativa del derecho común, entre muchos otros.

Las posibles aproximaciones de estudio a un caso como éste son, pues, muchas y variadas. El análisis que proponemos a continuación se sitúa en una de esas posibles alternativas y, en concreto, en las siguientes cuestiones: i) la confluencia, en el voto de la mayoría, de dos conceptos o, si se quiere, dos generaciones de derechos: los denominados "derecho de libertad" o derechos de primera generación y los derechos materiales a una prestación positiva por parte del Estado o derechos de segunda generación; ii) la compatibilidad de la solución en "F., A. L." con la línea jurisprudencial "Portal de Belén", "Tanus",

"Sánchez"; iii) las implicancias conceptuales de i) y ii) para la interpretación de la práctica constitucional argentina en general.

Con estos propósitos de estudio en miras conviene comenzar por delimitar los hechos (II. Hechos) que dieron lugar al caso, así como sus aspectos procesales constitucionales (III. Abordaje procesal constitucional), entre los que se destaca el carácter abstracto que tenía el caso al momento de fallar la Corte Suprema. En la sección IV se aborda la cuestión de fondo discutida y se describe la línea argumental del voto mayoritario (IV. Abordaje de la cuestión de Derecho. Línea argumental de fondo del voto mayoritario). Concluida esta aproximación descriptiva al fallo, se avanza sobre su valoración, a la luz de una propuesta de criterios de validez interpretativa, según la cual toda interpretación debe ser fiel a dos márgenes, uno semántico y otro moral o ideal (V. Replanteo. La naturaleza controvertida de toda interpretación constitucional y convencional). En ese contexto, se evalúa pues hasta qué punto la opción interpretativa de la Corte Suprema se ajusta a este doble baremo, lo cual conduce a la formulación de algunas consideraciones críticas acerca de las implicaciones de los principios que se sentaron en el caso (VI. Algunas consideraciones críticas).

II. HECHOS

Las circunstancias fácticas relevantes del caso surgen de las dos primeras carillas del fallo: una adolescente, de 15 años, es violada por el marido de su madre y queda embarazada (3); al 23/12/2009 cursa la octava semana de

(*) Conicet, Universidad Austral e Instituto Cultura y Sociedad, Universidad de Navarra, España.

(**) Profesora adjunta de Derecho Administrativo (UCA). Profesora invitada, Universidad Austral.

(1) Causa F.259.XLVI. "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", fallo del 13/3/2012.

(2) Ver Sirvén, Pablo, "Aborto, más cepos al dólar y el ataque de CFK a Clarín y La Nación", La Nación del 13/3/2012, I.1.

(3) Causa cit., consid. 1.

gestación (4); el 11/3/2010 se le practica una "intervención médica abortiva" (5).

Se infiere de estos extremos que la joven cursaba su primera semana de embarazo a principios de noviembre de 2009, con lo cual, al momento de esa "intervención médica abortiva", se hallaba cursando su décimo novena semana de embarazo, es decir, aproximadamente cuatro meses y medio de gravidez. Ello equivale, objetivamente, a la mitad de un embarazo normal de nueve meses.

III. ABORDAJE PROCESAL CONSTITUCIONAL

Hacia la época en que la causa se hallaba en condiciones de ser dictaminada por la Procuración General de la Nación, la "intervención médica abortiva" ya había sido consumada. Por ello, el dictamen de la Procuración General de abril de 2011 sostuvo, en quince renglones, que había que estarse a las circunstancias existentes al momento de la decisión y que el caso había devenido abstracto y, por lo mismo, de inoficioso pronunciamiento.

a) Los casos abstractos

La jurisprudencia de la Corte relativa a casos que devienen abstractos por el paso del tiempo no es uniforme, por lo que esta circunstancia no obligaba inexorablemente al tribunal a declinar su jurisdicción (6).

Sin que quepa afirmar que se trata de un criterio indisputable de actuación, podría apuntarse que la razón que la Corte esgrimió en este caso, para abrir su jurisdicción, ya había sido invocada con anterioridad en opiniones mayoritarias y en votos de la minoría, también en casos vincu-

lados, de una u otra forma, con el derecho a la vida. En efecto, en "Bahamondez" (7) y en "Tanus" (8) se adujo, como ahora en "F., A. L.", que tanto la velocidad con que se puede frustrar el objeto del recurso por la naturaleza misma de la cuestión, como la posibilidad de repetición de casos análogos en el futuro justifican la intervención del tribunal, a pesar de que la cuestión hubiera devenido abstracta (9).

Aun así, en el caso que motiva estas líneas la Corte tenía ante sí la opción formal de declinar su jurisdicción, esto es, de declararse incompetente siguiendo la línea de precedentes restrictivos, como señala la opinión del procurador general. La Corte, en fin, eligió dictar sentencia pudiendo no hacerlo. Aunque no es ocioso apuntar que los precedentes citados en el dictamen eran en su mayoría de contenido patrimonial, mientras que en "F., A. L." se estaba ante un derecho de contenido personalísimo.

b) La opción ejercida

La opción ejercida por la Corte Suprema manifiesta una autoconcepción del rol institucional o político que le toca desempeñar en el gobierno de la *res publica*. Si se quiere, en términos del constitucionalismo norteamericano, podríamos decir que la Corte se autoconcibe como una Corte "activista" (10), esto es, una Corte que parece estirar la interpretación de las normas y de la práctica constitucional que distribuyen funciones de gobierno casi hasta el punto de quiebre (11). En esto se advierte una similitud con la Corte en composiciones anteriores, tildada también de activista (12), aunque con relación a cuestiones de menores o mayores consecuencias patrimoniales.

(4) Causa cit., consid. 1.

(5) Causa cit., consid. 2, *in fine*.

(6) Puede verse la jurisprudencia que excepciona la regla de no analizar cuestiones constitucionales técnicamente abstractas en Bianchi, Alberto B., "Control de constitucionalidad", t. 1, 2ª ed. actual., reestr. y aum., Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 313/315.

(7) "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", Fallos 316:479 -1993-.

(8) "T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos 324:5 -2001-.

(9) "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", Fallos 316:479 -1993-, disidencia de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 6; "T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos 324:5 -2001-, consid. 4; "F., A. L.", cit., consid. 5.

(10) Se ha propiciado que el debate, en este punto, no es si los jueces deberían interpretar la Constitución o cambiarla, sino cómo debería ésta ser interpretada. Ampliar en Dworkin, Ronald, "The moral reading of the American Constitution", Ed. Harvard University Freedom's Law Press, Cambridge, 1996, ps. 4 y ss.

(11) El debate entre "activistas y conservadores" se ha desarrollado de forma especialmente intensa en los Estados Unidos de América. En muy apretada síntesis, los "activistas" propician una interpretación amplia del poder de revisión constitucional de los jueces, tanto en lo que respecta al tipo de cuestiones que es legítimo revisar como al método de interpretación aplicable a la revisión. Los conservadores propician lo contrario, en ambos sentidos. En lo que concierne a la metodología interpretativa, los "activistas" optarían por métodos evolutivos o progresivos de interpretación, mientras que los conservadores se apegarían al texto y/o a las "intenciones originales" de los constituyentes. Entre los más destacados "originalistas" cabe nombrar al juez Antonin Scalia, en "A matter of interpretation", Ed. Princeton University Press, Princeton, 1977. Del lado de los denominados autores "activistas" podría nombrarse a Ronald Dworkin en "The Moral Reading...", cit., y, más recientemente, en "Justice in Robes", Ed. Harvard University Press, Cambridge, 2006, cap. 5. Para un estado actual del debate entre "activistas" y "conservadores" en el constitucionalismo norteamericano, puede consultarse González Bertomeu, Juan F., "Against the Core of the case. Structuring the evaluation of judicial review", *Legal Theory*, vol. 17, 2011, ps. 81-118.

(12) Consideremos la Corte Suprema de los noventa, creadora del recurso *per saltum* en un caso de privatizaciones, o de la tesis de la ratificación tácita de los decretos de necesidad y urgencia en un caso en que se hallaba en juego el quiebre económico de todo el país, o de la adopción de la tesis monista en materia de tratados internacionales, entre otros supuestos; sobre

Como sea, esta actitud "activista" no es novedosa tampoco en la Corte con su actual composición, como se puso de manifiesto en fallos tempranos, como "Halabi" (13), pero regulando las acciones de clase alrededor de una reglamentación suspendida en su aplicación, o en "Consumidores Argentinos" (14), mas reglando los recaudos de los decretos de necesidad y urgencia a la sombra de uno dictado diez años atrás, entre otros ejemplos que podríamos reconstruir; o, más recientemente, en "Q. C., S. Y." (15), asegurando hospedaje a unos actores en especialísimas circunstancias de pobreza y enfermedad.

IV. ABORDAJE DE LA CUESTIÓN DE DERECHO. LÍNEA ARGUMENTAL DE FONDO DEL VOTO MAYORITARIO

La cuestión de derecho en función de la cual la Corte abrió su jurisdicción es, como se adelantó, la referida a la antigua disputa interpretativa vinculada al art. 86, inc. 2, CPen., que establece que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer no es punible "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

Aunque el debate relativo a la interpretación de la norma transcripta se estudia en todas las carreras de Derecho del país, no es superfluo, para el análisis que sigue, desplegar el modo en que la Corte entiende que se plantea un caso constitucional en esta cuestión interpretativa. Se trataba, según la Corte, de optar entre una interpretación amplia o restrictiva. De acuerdo con una interpretación amplia, la norma despenalizaría el aborto tanto en los casos de violación en general, como en los casos de "atentado al pudor" (acceso carnal con consentimiento o sin él) a una mujer incapaz (demente o idiota). Según la interpretación restrictiva, la norma se limitaría a despenalizar el aborto cuando el embarazo se sigue del acceso carnal a una mujer incapaz.

Si esta disputa se limitara al plano del derecho común, la Corte no tendría competencia para intervenir en el asunto, atento a lo dispuesto por el art. 14, ley 48. Mas la práctica constitucional no ha considerado esta regla como absoluta, tal como surge de los precedentes en los que se abrió la jurisdicción extraordinaria ante casos tan variados como los relativos a cuestiones de delito de

estafo de seguros (16), nombre de persona física (17), contrato de trabajo (18), entre otros muchos supuestos. Aun así, dentro de los alcances de la regla emergente de ese artículo, lo primero que debía hacer la Corte para justificar su intervención era mostrar que la opción por una u otra postura se dirimiría en el plano constitucional. Veamos cómo enfrenta ese camino al Alto Tribunal:

a) Interpretación amplia del art. 86, inc. 2, como una exigencia constitucional y convencional

La Corte definió expresamente lo que podría conceptualizarse como el *holding* central del caso en el consid. 8 afirmando que únicamente la interpretación "amplia" del art. 86, inc. 2, es válida a la luz del derecho constitucional y convencional. El *iter* interpretativo y argumentativo en que sustentó esta conclusión podría describirse como sigue:

Primero, el art. 75, inc. 23, CN, no obliga a proteger la vida desde la concepción ante toda amenaza y con la fuerza de la sanción penal, sino meramente a "dictar un marco normativo específico de seguridad social" (consid. 9).

Segundo, los principios de igualdad y de no discriminación recogidos en el art. 16, CN, y en diversas convenciones de derechos humanos (consid. 15), así como los principios de la dignidad de la persona (consid. 16), "de estricta legalidad" y *pro homine* (consid. 17), obligan a optar por la opción amplia en la disputa interpretativa de derecho penal (consids. 8 y 18).

Tercero, una vez que se entiende, a la luz de esta interpretación amplia, que el caso de aborto por violación (en general) no está penalmente proscripto, la exigencia de una autorización judicial para su consumación es contraria al principio de reserva establecido en el art. 19, CN (consids. 20-21).

En este despliegue argumentativo, la Corte Suprema no se limita a enunciar las condiciones constitucionales de la penalización del aborto sino que afirma la existencia de un verdadero "derecho" a acceder a la práctica abortiva por parte de toda víctima de violación. Ello se vincula con lo que adelantáramos en la introducción, en punto a la diferenciación entre los denominados "derechos de libertad" (derechos de primera generación) y los derechos materiales a una prestación positiva por parte del Estado o "derechos de prestación" (derechos de segunda generación) (19).

activismos buenos y malos, ver Manill, Pablo L., "El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema", en Gozaini, Osvaldo A. (coord.), "Proceso y constitución", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2009, ps. 369/384.

(13) "Halabi, Ernesto v. PEN -Ley 25873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16986", Fallos 332:111 -2009-.

(14) "Consumidores Argentinos v. EN - PEN - Dto. 558/02 - SS - ley 20091 s/amparo ley 16986", Fallos 333:633 -2010-.

(15) Q.64.XLVI.RHE, "Q. C., S. Y. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24/4/2012.

(16) "Toculescu, Esteban y otros", Fallos 271:79 -1968-.

(17) "Prunello, Federico Norberto s/información sumaria", Fallos 315:490 -1992-, disidencia del Dr. Fayt.

(18) "Rodríguez, Juan Ramón v. Compañía Embotelladora Argentina S.A y otro", Fallos 316:713 -1993-.

(19) Se enseña que los derechos humanos de primera generación consisten en los derechos civiles y políticos; los derechos civiles son los que posee todo ciudadano o, en un sentido más amplio y relevante, todo habitante de un Estado o sociedad;

En efecto, ese desplazamiento conceptual, desde un "derecho de libertad" contra la injerencia indebida del Estado hacia un "derecho de prestación positiva", se consolida en las consideraciones que la Corte agrega a modo de *obituro dictum* y que podrían sintetizarse en las siguientes proposiciones normativas:

Primero, la solicitud de dictámenes o consultas médicas suplementarias, o la exigencia de intervención de más de un profesional médico en el procedimiento abortivo, "no puede[n] sino ser considerada[s] como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar" (consid. 24).

Segundo, el Estado tiene la obligación de poner, a disposición de la mujer, las "condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura" (consid. 25).

Tercero, es inconstitucional exigir denuncia, determinación judicial o prueba de cualquier tipo del delito de violación que generó el embarazo; basta, como único requisito, para dar por cierto este hecho, la declaración jurada de la víctima o de su representante (consid. 27).

Tal, entonces, el contenido del derecho material a una prestación positiva por parte del Estado que el fallo sanciona., v.gr., el nuevo derecho de acceder a una práctica abortiva posviolación.

b) El ambiguo estatus jurídico convencional del *nasciturus* en la interpretación de la Corte

La decisión de la Corte en sus dos niveles, *holding* y *obituro dictum*, y en particular la aserción de un "derecho a acceder" a la práctica abortiva en casos de embarazo como consecuencia de una violación, presupone o asume una de dos alternativas: o bien la negación de la personalidad jurídica del no nacido y, por lo mismo, también de (su) derecho a la vida o bien la afirmación de su personalidad y su derecho a la vida, pero la simultánea aserción de que este derecho no implica la correlativa obligación estadual

de garantizarlo mediante la sanción penal ante toda amenaza cierta.

Los instrumentos internacionales en que fundó su interpretación fueron los siguientes:

Art. 1, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Daddh)*, y arts. 3 y 4, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)* (20): según la Corte, las normas enunciadas en los arts. 1, Daddh, y 4, CADH, fueron "expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos". Citó en apoyo de esta interpretación tanto la discusión que tuvo lugar en torno a su redacción como el informe 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Esta lectura restrictiva del derecho a la vida del *nasciturus* regula también, según la Corte, la interpretación del derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica en el art. 3, CADH. Por lo que "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 art. 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" (21).

Arts. 3 y 6, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (22): contra la pretensión de que estas normas reconocen la personalidad jurídica y el derecho a la vida desde el momento de la concepción, la Corte adujo que deben ser leídas en contexto con el art. 1, que establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..." (23).

Si bien no explica qué parte de este enunciado contradice la pretensión del recurrente, podría inferirse que la Corte encuentra la contradicción en la referencia al nacimiento y en la interpretación de que todos los derechos reconocidos por el instrumento se condicionan a este hecho.

Art. 6, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (24): la Corte niega que esta norma genere la obli-

los derechos políticos son los que le permiten al individuo participar, directa o indirectamente, en el establecimiento o la administración del gobierno. Los derechos de segunda generación son los derechos de bienestar social, y no dependen del esfuerzo individual sino que la sociedad tiene el deber moral, y debería tener el deber legal, de proveerlos. Todo ello, conf. Wellman, Carl, "The proliferation of rights. Moral progress or empty rethoric?", Ed. Westview, Boulder, 1999, ps. 15 y 21.

(20) Art. 1, *Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; art. 3, *Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)*: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"; art. 4, CADH: "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".

(21) Consid. 10.

(22) Art. 3, *Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)*: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; art. 6, DUDH: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

(23) Consid. 11.

(24) Art. 6, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

gación estatal de proteger la vida del no nacido con la fuerza de la sanción penal, con base en la "posición general" del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación", así como en la "preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal", manifestada en CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/3/2010 (25).

Art. 1, Convención sobre los Derechos del Niño, y declaración interpretativa de la República Argentina en el art. 2, ley aprobatoria 23849 (26): según la Corte, los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención manifiestan la voluntad de excluir la obligación estatal de condenar penalmente el aborto. Apoya esta interpretación en las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño (Argentina, 21/6/2010 y CRC/C/ARG/CO/34), donde el Comité de los Derechos del Niño "ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86". Con relación a la declaración interpretativa, sostiene que "no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional".

La interpretación global del derecho convencional propuesta por la Corte es, pues, notoriamente ambigua en la manifestación de cuál de las dos alternativas conceptuales subyacen a su decisión.

De una parte, la Corte afirma, como al pasar y sin hacer demasiado alarde, que el *nasciturus* es sujeto de derecho y titular del derecho a la vida, aunque este derecho no sería "absoluto" (27). De otra parte, y apoyándose en la distinción técnica entre declaración interpretativa y reserva, niega que el Estado argentino se haya obligado a sí mismo en el plano internacional a reconocer la personalidad jurídica del *nasciturus* desde el momento de la concepción (28).

En suma, si bien la Corte Suprema no niega en forma franca la personalidad jurídica del no nacido y su derecho a la vida, la afirmación de su personalidad y su derecho a la vida son relativizados y divorciados de una obligación estatal de garantizarlos mediante la sanción penal ante la amenaza cierta.

V. REPLANTEO. LA NATURALEZA CONTROVERTIDA DE TODA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, entonces, "F., A. L." presenta una decisión producida en un caso de inoficioso pronunciamiento, en el que la cuestión de derecho es abordada, por el voto mayoritario, con espíritu amplio e innovador, creándose o sancionándose, judicialmente, un derecho de prestación, v.gr., un derecho a obtener una práctica abortiva si medió violación y relativizándose el derecho a la vida del por nacer, hacia el cual el Estado no tendría obligación alguna aun cuando mediare una amenaza cierta a su vida, según la interpretación efectuada por la Corte Suprema.

Interpretar significa tanto desplegar la actividad de interpretar o dar contenido semántico a palabras y oraciones, como el resultado o producto mismo de esa actividad (29). Aquí aludiremos al segundo significado.

Toda interpretación jurídica es discutible por definición, y con más razón lo es la interpretación constitucional, lo cual lleva a que casi cada uno de los fallos de la Corte Suprema pueda ser objeto de encendidos debates. De entre las muchas razones que fundan esta aseveración pueden señalarse al menos dos. Una es la naturaleza o textura abierta del lenguaje en general (30), del lenguaje jurídico en particular (31) y, con más énfasis todavía, del lenguaje jurídico constitucional y convencional. La otra es la especial vocación de perdurabilidad y adaptación al cambio que caracteriza el lenguaje jurídico y, también con más énfasis, la vocación de perdurabilidad del lenguaje jurídico constitu-

(25) Consid. 12.

(26) Art. 1: "Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos de América) el 20/11/1989, que consta de cincuenta y cuatro artículos, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley". Art. 2: "Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: ...Con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

(27) Consid. 10, párr. 2.

(28) Consid. 13, *in fine*.

(29) Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, "La odisea constitucional. Constitución, teoría y método", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 91.

(30) Sobre la "textura abierta" del lenguaje, con especial referencia al lenguaje jurídico, cfr. Hart, H. L. A., "The concept of law", 2ª ed., Ed. Clarendon, Oxford, 1994, ps. 127 y 154. Pueden también verse, entre otras obras clásicas dedicadas a este tema, Camó, Genaro R., "Notas sobre derecho y lenguaje", 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1979, ps. 35 y ss.; Hospers, John, "Introducción al análisis filosófico", t. I, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1969, ps. 48 y ss. Más recientemente, cfr. Zambrano, Pilar, "La inevitable creatividad en la interpretación jurídica", Ed. UNAM, México DF, 2010, ps. 55 y ss. y "Los derechos fundamentales como alternativa a la violencia", *Persona y Derecho*, n. 60, 2009, ps. 134 y ss., y la bibliografía allí citada.

(31) Ver Camó, Genaro R., "Notas sobre derecho...", cit., ps. 49 y ss., y ps. 73 y ss.

cional y convencional (32); es que una Constitución no se escribe sino para perdurar por generaciones y generaciones (33).

Las dos razones de la naturaleza discutible del lenguaje jurídico constitucional no transitan por caminos separados, sino que están estrechamente ligadas entre sí. Los conceptos jurídicos no representan o significan cosas o hechos particulares, sino clases o universos de cosas o de hechos. Pero esta posibilidad de significación universal es directamente proporcional a su nivel de abstracción: cuanto más abstracto es un concepto, más amplio es el universo de cosas o hechos que significa. Cuanto menos abstracto, más restringido el campo de cosas o hechos significados. Ello clama, en primer lugar, por una adecuación en el grado de abstracción. Veamos.

a) Abstracción. Grado. Adecuación

Si el lenguaje jurídico tiene una vocación de permanencia en el tiempo y de difusión a todo el ámbito de una praxis jurídica, como de hecho ocurre con el lenguaje constitucional (y, se espera, convencional de igual rango), habrá de ser, necesariamente, *muy* abstracto. Pues cuanto más abstracto es el lenguaje (jurídico), mayor es el campo o abanico de hechos que puede referir y mayor es, pues, también su alcance y perdurabilidad en el tiempo.

Pero abstraer es separar o distinguir entre lo que caracteriza un caso particular y aquello que los muchos casos que conforman una clase de casos tienen en común. De forma que en la virtud del lenguaje constitucional está también su defecto, pues su mayor abstracción supone una mayor separación de las peculiaridades o particularidades que conforman los hechos referidos, y esta mayor separación entre el concepto y las peculiaridades de los hechos significados amplía la distancia entre uno y otros y, con ello,

amplia también las dificultades o controversias interpretativas.

b) Marco de referencia

Resulta menester insertar esas controversias interpretativas en un cierto "marco de referencia". Como sabemos, el léxico o elemento de un texto tiene tres renglones de información: fonológica, sintáctica y semántica; este último hace "a qué se refieren las palabras" o elementos de un texto, colocándonos ante la noción de "referencia" (34). "Referencia" es la relación entre el referente y lo referido: relación entre el texto y aquello que el texto pretende significar o expresar (35). Esta referencia —que comprende, pero puede exceder, el significado conceptual o la denotación, para abarcar también propiedades denotadas o de denotación (36)— tiene confines naturales (37), generándose un "marco" de referencia. Y esta finitud o predeterminación del contenido conceptual no es arbitraria sino que se funda en presuposiciones que los lingüistas utilizan al hablar del lenguaje y sin las cuales éste carecería de sentido como práctica social (38). Si el orador y/o el interlocutor no confiaran en la capacidad del interlocutor de identificar la referencia de la expresión con un grado mínimo de fidelidad, la relación lingüística carecería de propósito.

En este orden de ideas, lo que aquí denominamos el "marco de referencia" es el baremo que permite distinguir entre interpretaciones correctas e incorrectas y otorgar plausibilidad a la pretensión de validez o de invalidez de unas y otras proposiciones normativas. Por las mismas razones que el lenguaje pierde sentido, también el derecho —que es una práctica social mediatizada por el lenguaje— perdería todo sentido sin este marco de referencia. O, como apuntan algunos, se transformaría en una mera suavización del uso de la fuerza (39).

(32) Se ha explicado el fenómeno así: "En verdad, las constituciones tienen, por lo común, una dosis especial de imprecisión, producto de su tradicional brevedad y laconismo, normalmente intencional. Se estima que, si la constitución está destinada a regir por largo tiempo, resulta conveniente que sienta sólo unas directivas fundamentales y que el resto quede en manos de los operadores de la constitución... De allí que las cláusulas constitucionales den al intérprete, habitualmente, un generoso radio de acción...", conf. Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, "La odisea...", cit.

(33) "McCulloch v. Maryland", 17 US -4 Wheat-, 316 -1819-, opinión del justice Marshall, esp. p. 415.

(34) Lyons, John, "Introduction to theoretical linguistics", Ed. Cambridge University, Cambridge, 1977, p. 424; Miller, George A., "Language and speech", Ed. W. H. Freeman, San Francisco, 1981, ps. 104/105.

(35) Conf. Halliday, Michael A. y Hasan, Ruqaiya, "Cohesion in English", Ed. Longman, Bath, 1980, p. 308. Esta definición y, en general, la que utilizamos en el desarrollo, abrevia en una de las dos principales posturas en la materia, v.gr., la de de Saussure, donde hay significantes y significados y relaciones entre ellos. Esta postura se diferencia de la del triángulo símbolo-referencia-referente, de Ogden-Richards, que aquí se soslaya por propiciar que las clasificaciones no necesiten ser naturales o universales, sino meramente conceptuales. Acerca de ambas posturas y sus efectos, ampliar en Palmer, Frank R., "Semantics", 2ª ed., Ed. Cambridge University, Cambridge, 1997, ps. 24 y 5, y sus citas de De Saussure, Ferdinand, Bally, Charles, Sechehaye, Albert (eds.) y Riedlinger, Albert (col.), "Course in general linguistics", trad. Wade Baskin, Ed. McGraw-Hill, New York, 1966, y de Ogden, Charles K. y Richards, Ivor A., "The Meaning of Meaning", 10ª ed., Ed. Kegan Paul, London, 1949.

(36) Lo explica claramente, Leech, Geoffrey, "Semantics", Ed. Penguin, Harmondsworth, 1978, p. 14.

(37) Ver n. 35.

(38) Leech, Geoffrey, "Semantics", cit., p. 16.

(39) En este sentido, sugiere Stanley Fish que el derecho es una versión soft del uso de la fuerza como modo de superación de conflictos: "Force, in short, comes in hard and soft versions, and all things being equal, soft is better than hard", en Fish,

Ahora bien, por muy legítima que pueda parecer esta opción interpretativa del derecho en general como suavizador del uso de la fuerza, no puede negarse que es pragmáticamente contradictoria con el acto mismo de defenderla frente a otras interpretaciones posibles o con el acto de sostener y defender la interpretación de algunas de sus normas concretas, ya sea en los estrados judiciales o en los escritos académicos.

De forma que para el amplio espectro de participantes del derecho –académicos, ciudadanos, jueces, juristas– que entienden que las prácticas jurídicas sí tienen sentido, la pregunta por el “marco de referencia” de las disputas interpretativas internas a cada práctica concreta es crucial.

c) *Dos clases de coherencia. Márgenes resultantes*

Dijimos antes que la finitud o predeterminación de los significados conceptuales permite describir el lenguaje como un sistema o una práctica social con sentido (40). ¿Cuál es el marco de referencia que permite identificar cuáles son estos significados conceptuales y que, por lo mismo, sirve de baremo para distinguir entre interpretaciones jurídicas plausibles e interpretaciones inválidas?

Una vez que se asume que el lenguaje es en sí una práctica con sentido pueden señalarse al menos dos márgenes que todo intérprete jurídico debería considerar al momento de determinar cuál es el sentido de una norma jurídica.

De una parte, una proposición interpretativa debería aspirar a ser coherente con el fin u objeto global del derecho y, en nuestro caso, del derecho constitucional. Ese fin, en palabras de Ronald Dworkin, podría resumirse en la dispensa de igual consideración y respeto de cada uno de los participantes del derecho (41). De otra parte, una proposición interpretativa debería aspirar a ser coherente con la particular o peculiar forma de dispensar “igual consideración y respeto” que cada práctica jurídica concreta ha

hecho suya. Esto implicaría, a los efectos prácticos, que todo intérprete debería atenerse a las reglas de uso del lenguaje –sintácticas, semánticas, y contextuales– en que se formula la/las norma/s que pretende interpretar.

En otras palabras, por mucho espacio que la naturaleza o textura abierta del lenguaje constitucional ceda para la creatividad interpretativa, ese espacio no es infinito. No, al menos, si el derecho se concibe como una práctica con sentido. Mucho menos todavía si el derecho se concibe como una práctica cuyo fin global o total es garantizar un trato respetuoso, y el mismo trato respetuoso para cada uno de sus participantes. En este contexto, el espacio para la creatividad interpretativa se cierra entre dos límites: un margen ideal o moral, que está dado por la compatibilidad entre una opción interpretativa y la dignidad de la persona (42), y un margen semántico o lingüístico, que está dado por el respeto a las reglas de uso del lenguaje en que se expresa una práctica jurídica particular.

d) *Operatoria de los márgenes*

Los dos márgenes funcionan u operan restringiendo las alternativas interpretativas que dejan libradas uno y otro. Así, entre los muchos modos de tratar dignamente a una persona que puede esbozar un intérprete sólo serían jurídicamente vinculantes aquellos modos de trato que, como cuestión de hecho, han sido receptados normativamente por las fuentes de la práctica. En el otro extremo, entre las muchas alternativas interpretativas a que puede dar lugar un mismo enunciado jurídico desde el punto de vista de las reglas de uso del lenguaje –sintácticas, semánticas y contextuales–, el intérprete jurídico debería descartar las que son incompatibles con el fin global del derecho y optar, en cambio, por las que mejor lo realizan. Por supuesto, fuera de las alternativas descartables por incoherentes con este fin global, muchas veces aparece, no una, sino más de una “respuesta correcta”. Éste es, precisamente, el (amplio) espectro para la creatividad interpretativa (43).

Stanley, “Almost pragmatism: Richard Posner’s jurisprudence”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, n. 4, otoño 1990, ps. 1447/1475, esp. p. 1454.

(40) Leech, Geoffrey, “Semantics”, cit., p. 16.

(41) Dworkin, Ronald, “Taking rights seriously”, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. 277.

(42) Por “dignidad” se entiende el valor intrínseco de todos y cada uno de los seres humanos; ello, en contraste con el “precio” o valor de las cosas. Así las cosas, “la dignidad es una propiedad intangible que poseemos en virtud de lo que somos y no un bien que podamos obtener en virtud de lo que hacemos”; todo ello, conf. Gómez Leo, Alfonso, “Los bienes humanos. Ética de la ley natural”, Ed. Mediterráneo, Santiago y Buenos Aires, 2006, ps. 60/61. Confrontar Guibourg, Ricardo A., “La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas”, Ed. Colihue Universidad, Buenos Aires, 2006, ps. 109/114, esp. ps. 111/112: “La dignidad es condición que se predica, ante todo, de las personas. Las actitudes o acciones dignas pueden identificarse como aquellas que permiten a las personas adoptar actitudes dignas. Las cosas dignas son las que facilitan tales actitudes o les sirven de marco necesario, apropiado o habitual... La dignidad parece hallarse relacionada con las situaciones en las que una persona se muestra independiente de la voluntad de las otras y aun de ciertas condiciones de hecho... La dignidad inspira respeto”.

(43) Cfr. Zambrano, Pilar, “La inevitable creatividad...”, cit., p. 73 (también disponible en info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2690); “Los derechos...”, cit., p. 150; “La interpretación jurídica como cocreación”, *Problema*, n. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, ps. 407 y ss. (también disponible en biblio.juridicas.unam.mx/revista/FilosofiaDerecho/indice.htm?n=3); “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion*, n. 18, ps. 119 y ss.

e) *El margen lingüístico de interpretación: más de una respuesta correcta*

Con estas consideraciones teóricas en miras corresponde preguntarse qué coherencia puede predicarse entre las conclusiones interpretativas de la Corte Suprema y estos dos márgenes interpretativos. Correspondería preguntarse, en concreto, lo siguiente: primero, ¿hay otras alternativas interpretativas, desde el punto de vista lingüístico, a la conclusión de la Corte, según la cual las normas constitucionales y convencionales condenan la penalización del aborto en caso de violación? ¿O es ésta la única conclusión posible que cabe derivar de un análisis semántico, sintáctico y pragmático o contextual de las normas constitucionales y convencionales aplicables? Segundo, si existen otras conclusiones igualmente válidas desde el punto de vista lingüístico, ¿cuál es la conclusión que mejor se aviene con el fin global del derecho constitucional, consistente en dispensar igual consideración y respeto a todo ser humano?

La Corte interpreta que el *corpus* convencional y constitucional veda al Estado argentino la opción de proteger la vida del no nato mediante la sanción penal de aborto en los casos de violación (44). Pero ninguno de los textos constitucionales o convencionales que cita enuncia de modo siquiera aproximado esta proposición. ¿Cuál es, pues, el argumento lingüístico en que se asienta la Corte para arribar a esta conclusión?: unas "observaciones finales" (45). Pero éstas no poseen fuerza vinculante para el Estado argentino en el plano internacional, por las siguientes razones:

i) carecen de obligatoriedad, por exclusión (46);

ii) concluyen con recomendaciones, carentes de fuerza obligacional para los Estados (47);

iii) aun cuando derivaren su obligatoriedad de la Convención de Viena de Derechos de los Tratados, aquélla cedería, pues esa Convención se aplica a Estados, no a personas, y a todo evento, resultaría siempre aplicable la norma interna más protectora, v.gr., ley 23849, art. 1 (48);

iv) el significado literal de los términos "informes", "observaciones", "recomendaciones" no trasunta decisión, ejecutoriedad o exigibilidad de acatamiento, sino parecer, opinión, evaluación, valoración, y la propia Corte Suprema privilegia la significación literal en otro lugar del mismo fallo que aquí anotamos (49);

v) la propia doctrina (50) admite la diferenciación entre la decisión y su ejecución, pura acción y obra, con cierta ejecutoriedad, por un lado; la preparación previa a esa decisión, que se traduce en dictámenes, informes, asesoramientos previos, por otro; y, por último, el control o contralor, que se traduce en decisiones internas (inexigibles o carentes de obligatoriedad) y decisiones externas (exigibles, obligatorias) según estén dirigidas o no a terceros particulares: las observaciones finales mencionadas pertenecerían al grupo de decisiones internas pues emanan de un comité de una persona internacional y se dirigen, no a una persona en particular (como podría ser la joven embarazada de "F., A. L."), sino al Estado argentino;

vi) el lenguaje de las observaciones finales en nada semeja al de una decisión con algún grado de *imperium*, que obligue a un Estado a acatarla: dichas observaciones "instan", "alientan", "recomiendan", "insta enfáticamente" y, final-

(44) Dice el consid. 14: "De las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el art. 86, inc. 2, CPen., en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación".

(45) A efectos del presente, observaciones finales del 22/3/2010 (consids. 6 y 12); observaciones finales del 21/6/2010 (consids. 6 y 13), emanadas, respectivamente, del Comité de Derechos Humanos y del Comité de los Derechos del Niño.

(46) Los tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional, cuentan con sistemas de control ("sistemas de informes periódicos", incluyendo las observaciones finales mencionadas; "sistema de peticiones"; "sistema judicial"); sólo hay obligatoriedad en las decisiones del órgano de control de la CADH, cuyo art. 68.1 dice que serán obligatorias sus decisiones para el caso en que hayan sido dictadas; en este sentido "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus", Fallos 321:3555-1998-. Ampliar en el sólido estudio de Ocantos, Jorge, "Instrumentos elaborados por los órganos de control de los tratados de derechos humanos. Su inserción en el derecho interno", LL 2012-A-674 a 694, esp. ps. 676/677.

(47) Ver art. 40.4, PIDCP, cit. por Ocantos, Jorge, "Instrumentos elaborados...", cit., p. 679: "El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes". Ver art. 45, Convención sobre los Derechos del Niño: "El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida...".

(48) A similar aserto anterior, Ocantos, Jorge, "Instrumentos elaborados...", cit., ps. 692/693.

(49) Ver consid. 18, párr. 4.

(50) Se sigue Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. I, 4ª ed. actual., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1990, ps. 85/86, 94/95 y 107/109; Cassagne, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", t. I, 10ª ed. actual. y ampl., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 188. En similar sentido, Bielsa, Rafael, "Los conceptos jurídicos y su terminología", 3ª. ed. aum., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 98, 157 y 104, para quien decidir es obligar jurídicamente con los actos; la actividad meramente consultiva es de acción indirecta; y oponer reparos, objeciones u observaciones, es controlar. Cfr. Gordillo, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. 3, 9ª ed., Ed. FDA, Buenos Aires, 2007, ps. II-19 y II-20, donde no se detiene en el carácter ejecutorio, consultivo o de contralor, o en el destinatario, sino en los efectos jurídicos directos (autorización, aprobación, sanción, reparo, observación) o no directos (consulta, visa, informe, inspección).

mente, "invitan" a la presentación de nuevos documentos (51), todo lo cual dista de trasuntar obligatoriedad.

Al carecer de fuerza vinculante, ninguna responsabilidad pueden generar y, a todo evento, la Corte Suprema misma omite mencionar, en el fallo, la norma internacional con responsabilidad por incumplimiento de "observación final" (52).

En rigor, las únicas obligaciones legales asumidas por el Estado argentino frente al Comité de Derechos Humanos —como Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que creó ese Comité— son: i) la de presentar un informe inicial acerca de "las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos" (art. 40) y ii) la de presentar otros informes cada vez que el Comité lo pida (art. 40.1.b). Las funciones del Comité respecto de los Estados parte, a su vez, se limitan a iii) transmitirles a éstos los informes y los comentarios generales que estime oportunos respecto de los informes que ellos hubieren presentado (art. 40.4). Finalmente, todo lo que establece el Pacto con relación a los informes del Comité es que iv) los Estados parte podrán —si quieren— presentar al Comité "observaciones sobre cualquier comentario" del Comité (art. 40, inc. 5). Todo ello difiere del régimen de "observaciones" de la Comisión del art. 42.7.c.

Estas mismas consideraciones son extensibles a las funciones del Comité de los Derechos del Niño, reguladas en los arts. 44 y 45, Convención de los Derechos del Niño.

Las demás normas citadas, como se dijo, sólo se refieren con el típico lenguaje constitucional abstracto a la dignidad, no discriminación, igualdad de acceso, etc., pero nunca se refieren, de forma directa, al problema que aquí se juzga. De modo que, desde el punto de vista lingüístico, no era obligado llegar a la conclusión a la cual arribó la Corte en lo que respecta a la obligación de "no penalizar el aborto en casos de violación".

Podría contraargumentarse que aunque esta pretendida obligación internacional no surge explícitamente de ningún texto convencional o constitucional emana, sin embargo, de un estudio de las reglas contextuales o pragmáticas de uso del lenguaje. Desde este punto de vista, se trataría de establecer cuál es el sentido semántico de un enunciado de acuerdo con el uso que se le da en el contexto de una determinada práctica social y, en nuestro caso, en el contexto del derecho constitucional y del derecho internacional público. Así, se podría decir que, aunque ninguna norma constitucional o convencional condena expresamente la penalización del aborto en caso de violación, la obligación jurídica de despenalizarlo surgiría del sentido que debería atribuirse a los textos pertinentes en el contexto de

la práctica constitucional argentina y de la práctica o costumbre internacional pública de los derechos humanos.

Sin embargo, si en los más de ochenta años que rigió el Código Penal argentino la Corte Suprema no interpretó nunca, en ninguna de sus composiciones, que alguna norma constitucional o convencional establece esta obligación estadual, no parece que pueda afirmarse que la práctica constitucional argentina usa el lenguaje constitucional en este sentido. En cuanto a la práctica o costumbre internacional de los derechos humanos, habría que mostrar que existe una costumbre arraigada de interpretar los textos de derechos humanos en este sentido o bien de otorgar fuerza vinculante a los informes de los comités. Pero una ni otra proposición es indiscutible.

Las reflexiones anteriores permiten razonar de la siguiente manera: el margen lingüístico o semántico de interpretación no conduce de forma necesaria a la proposición interpretativa de la Corte en "F., A. L." sino que, más bien, deja abierta la cuestión, conduciendo a más de una respuesta. Cabe preguntarse, ahora, si este mismo margen lingüístico de interpretación conduce a la proposición contraria cuando se atiende al derecho a la vida del feto. Se trata de establecer, en otras palabras, si las normas constitucionales y/o convencionales establecen la obligación estadual de proteger la vida del feto con la fuerza de la sanción penal, también en casos de violación. Ello, ya sea enunciándola expresamente —atendiendo a las reglas semánticas y sintáctica del lenguaje—, ya sea por medio de las reglas de uso del lenguaje en el contexto de la práctica constitucional argentina y de la práctica internacional de los derechos humanos.

La argumentación de la Corte se dirigió en este sentido a mostrar que, aunque la vida se protege desde la concepción en los instrumentos internacionales de derechos humanos, esta protección no sólo no incluye, sino que más bien excluye, la sanción penal del aborto en caso de violación. El hilo argumental se concentró en negar la fuerza vinculante del único instrumento internacional que reconoce de forma expresa, indubitable y sin condiciones el derecho a la vida desde la concepción, a saber, la declaración interpretativa incorporada por la República Argentina en la ley de aceptación de la Convención sobre los Derechos del Niño. El otro instrumento que reconoce el derecho a la vida desde la concepción es la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 4.1, pero lo hace de forma condicionada, y la Corte se asió de este condicionamiento.

f) La declaración interpretativa

Comenzando por la declaración interpretativa, es altamente discutible la proposición de la Corte de que carece de

(51) Ver, p. ej., la observación final del 21/6/2010, cit. en consid. 6 y 13.

(52) Cfr. consid. 6.

fuerza vinculante para la Argentina en el plano internacional y, por extensión, en el plano constitucional. La diferencia entre la declaración y la reserva no radica en el grado de fuerza vinculante sino en la mayor o menor incidencia en cuanto a la modificación de las obligaciones estipuladas en el texto del instrumento internacional. Como su nombre lo indica, mediante una reserva, un Estado se obliga por menos de lo que establece el instrumento. Se reserva de algunas de las obligaciones que forman parte del Convenio. En cambio, mediante una declaración interpretativa, un Estado se obliga a lo mismo que establece el texto, pero optando por uno de sus sentidos posibles. Más aún, en este caso concreto, la Argentina optó por obligarse a más, no a menos, de lo que estipula el texto.

La doctrina reconoce jerarquía constitucional en esa declaración (53). Más importante, la propia Corte Suprema, en su anterior composición (54), interpretó que esta declaración interpretativa tiene fuerza vinculante para la Argentina y forma parte de los derechos incorporados a la Constitución mediante el art. 75, inc. 22. Desde el punto de vista del uso contextual del lenguaje, la proposición de la Corte es pues difícilmente aceptable: tanto en el contexto de la práctica constitucional argentina, como en el contexto de la costumbre internacional, una declaración interpretativa se toma como vinculante.

En lo que respecta al art. 4.1, Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, PSJCR) (55), la expresión "en general" condiciona o limita el enunciado según el cual la vida humana será protegida por la ley desde la concepción. Por supuesto, este condicionamiento no faculta a los Estados a quitar la protección debida a la vida desde la concepción, en cualquier caso, sino más bien a hacerlo, como prescribe ese artículo, de forma "no arbitraria" (56). Y como en relación con la declaración interpretativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, también en "Portal de Belén" y en "Tanus" la Corte interpretó que esta norma obliga al Estado argentino a proteger la vida desde la concepción, mediante el uso de la sanción penal –salvo en los casos en que sea razonable quitar esta protección– (57).

De forma que, además del sentido semántico ordinario de los textos en cuestión, el uso de estos enunciados lingüísticos en la práctica constitucional argentina refuerza la conclusión de que, desde el punto de vista lingüístico –semántico, sintáctico y contextual–, los enunciados normativos constitucionales y convencionales i) reconocen el de-

recho a la vida desde la concepción y, ii) además, se proponen generar la obligación estadual de protegerlo legalmente –y penalmente–, salvo cuando sea razonable o "no arbitrario" dejar de hacerlo.

Desde esta perspectiva, las consideraciones de la Corte dirigidas a cuestionar estas dos interpretaciones son difícilmente justificables. Siguiendo el consejo de Ronald Dworkin y leyendo la sentencia en "su mejor luz" (58), podría concluirse que la Corte entiende que es obvio que la desprotección de la vida humana en gestación frente al aborto en casos de violación es un supuesto de desprotección razonable o no arbitraria. Pero dado que esta obviedad no es tal, hubiera sido deseable que lo expresara y, sobre todo, que lo justificara.

g) La Corte optó por un concepto de persona y dignidad

Se concluye de lo dicho hasta aquí que ningún texto constitucional ni convencional enuncia de forma indiscutible la proposición jurídica según la cual la penalización del aborto en casos de violación es contraria a los derechos fundamentales de la mujer. Ello, ni desde el punto de vista de las reglas semánticas y sintácticas de uso del lenguaje en general, ni desde el punto de vista de las reglas contextuales de uso del lenguaje o, más propiamente, de las reglas de uso del lenguaje jurídico. Estos tres niveles de reglas lingüísticas, más aún, ponen en duda la interpretación de la Corte según la cual el Estado argentino no tiene obligación alguna de brindar protección penal a la vida del feto y, todavía con más fuerza, la pretensión de que el Estado no estaría vinculado internacionalmente a proteger esta vida, de alguna forma, desde la concepción.

Sin profundizar por ahora en las razones para estas dudas, cabe entonces avanzar sobre las razones no explicitadas, pero necesariamente presupuestas por la Corte, en este estiramiento de la interpretación lingüística casi hasta el punto de quiebre, esto es: las razones para optar por una interpretación de los textos que, si no es abiertamente irregular y por ende creación pura, se encuentra por lo menos en el límite de lo lingüísticamente aceptable. No se trata de adivinar motivaciones psicológicas de cada uno de los ministros votantes, lo cual carece tanto de verosimilitud como de interés desde el punto de vista jurídico. Se trata, más bien, de determinar qué concepción teleológica acerca de las finalidades del derecho constitucional

(53) Así, Bianchi, Alberto B., "Un avance preocupante en la legalización del aborto", LL del 21/3/2012, secc. III.a.ii.

(54) En "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", Fallos 325:292 -2002-, consid. 14.

(55) Art. 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...".

(56) "...Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

(57) "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", Fallos 325:292 -2002-, consid. 14; "T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos 324:5 -2001-, consid. 11.

(58) Dworkin, Ronald, "Law's empire", Ed. Fontana, London, 1986, p. 225.

(y convencional) es consistente con la elección semántica de la Corte.

La respuesta está preanunciada en "Arriola" (59) y apunta a una concepción de persona y de dignidad que podría resumirse del siguiente modo: la dignidad es poder sobre el propio destino. En palabras de Kant, dignidad es autonomía (60). Y en fórmulas jurídicas, la dignidad es libre desarrollo de la personalidad. Poder, autonomía y desarrollo de la personalidad incluyen, en la concepción de la Corte, un dominio completo sobre el cuerpo y un recorte en el campo de referencia de estos conceptos. El dominio completo sobre el cuerpo se manifiesta en la equiparación del embarazo con la violación. Una y otra situación se concibe como igualmente "indigna" o, mejor dicho, como igualmente atentatoria de la falta de respeto a la dignidad de la mujer. Muchas razones podrían argüirse contra esta equiparación, pero ninguna si la dignidad se equipara con el control o dominio del propio cuerpo. El recorte en el campo de referencia de los conceptos (dignidad, autonomía, personalidad) es consecuencia de lo anterior: si la dignidad se expresa en el dominio sobre el propio cuerpo, quien no posea este autodomínio es menos digno y, por lo mismo, menos acreedor a un trato digno.

La Corte no puede esbozar estos presupuestos conceptuales de forma despojada, pues así dichos son incompatibles con la parte del piso semántico o lingüístico de la interpretación que no encontró argumentos para ignorar, a saber, el art. 4.1, PSJCR, y su reconocimiento de la plena personalidad del feto. Pero si no son éstas las razones teleológicas que explican el fallo de la Corte, ¿cuáles lo son? ¿Qué concepto de persona y dignidad anima la sentencia? Y si lo son, ¿no están quizá fuera del piso semántico de interpretación? Tal vez las consideraciones que siguen echen luz sobre estos interrogantes.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

a) La extensión desde la despenalización hacia el reconocimiento de derechos de prestación positiva

Como se señaló, la Corte no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de una de las posibles interpretaciones del art. 86, inc. 2, CPen., sino que avanzó más. También enunció a modo de *obiter dictum* el derecho de la mujer a "acceder" a la práctica del aborto en caso de violación,

no ya sin la amenaza de la sanción penal, sino también con el auxilio positivo y material de las instituciones sanitarias, públicas o privadas.

De forma que, haciendo caso omiso de las ya clásicas categorías jurídicas de Hohfeld (61), de Kelsen (62) o de cualquier otro autor que haya puesto de manifiesto lo que es evidente por definición, por ser un postulado lógico (aunque quizá no sea evidente para todos). Esto es, que "tener permiso para", o "libertad para", no es equiparable a "tener derecho a".

Tener "permiso" tiene un significado esencialmente negativo, pues implica levantamiento de una prohibición, tal que ésta se tome relativa (63): es lo contrario de "no tener permiso", lo cual ocurre cuando algo se prohíbe, lo cual ocurre en derecho cuando ese algo se sanciona.

Pero tener permiso o derecho a "no ser sancionado" no implica, sin embargo, tener derecho a que "se me otorguen los medios materiales para". Lo segundo, el derecho a que "se me otorguen los medios para" es el resultado de una serie de juicios valorativos que no necesariamente —no desde el punto de vista conceptual— subyacen al "derecho a no ser penalizado por".

En efecto, y éstos son temas básicos de teoría del derecho y de filosofía política, la autoridad política puede evaluar que el uso de la sanción penal es excesivo en algún caso para desalentar un tipo de conducta, sin que por ello se apruebe tal conducta. Así ocurre, por ejemplo y desde "Arriola", con el uso de estupefacientes para consumo personal. Si la Corte fuera coherente con sus propios precedentes y extendiera la confusión conceptual de "F., A. L." a "Arriola" debería también instar a las autoridades públicas a que suministren estupefacientes a quienquiera se declare consumidor.

Quizá esta confusión conceptual de la Corte se explique mejor desde la concepción teleológica del derecho constitucional, esto es, desde el concepto de persona y dignidad que, en verdad, aunque no explícitamente, inspira el fallo en su totalidad. Como sea, es llamativo que ni siquiera la Corte norteamericana en la etapa posterior al famoso precedente "Roe v. Wade" y anterior a "Casey" incurriera en esta confusión, aun cuando ésta fue la etapa de mayor activismo proaborto de la Corte Suprema estadounidense (64).

(59) "Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080", Fallos 332:1963-2009-, consids. 17 y 18.

(60) Kant, Immanuel, "Ground work of the metaphysics of morals", Ak IV, ps. 436-440: "Autonomy then is the basis of the dignity of human and of every rational nature".

(61) Hohfeld, Wesley N., "Conceptos jurídicos fundamentales", 3ª ed., trad. Genaro Carrió, Ed. Fontamara, México, 1995, esp. cap. IV.

(62) Kelsen, Hans, "Teoría pura del derecho", 9ª ed., trad. Roberto J. Vernengo, Ed. Porrúa, México, 1997, cap. IV.

(63) Este concepto es habitual entre los iusadministrativistas. Ver, por todos, Cassagne, Juan Carlos, "Curso de derecho...", cit., t. II, p. 142.

(64) Cfr. "Maher v. Roe", 432 US 464 (1977), ps. 475-479; "Poelker v. Doe", 432 US 519 (1977), p. 521; "Harris v. McRae", 448 US 297 (1980), p. 325.

b) "Portal", "Tanus" y "Sánchez": ¿no hay *stare decisis* en la Argentina?

La dudosa sujeción al margen semántico o lingüístico de la interpretación de la Corte es todavía más notable, como se dijo, a la luz del uso contextual de los enunciados jurídicos en cuestión.

En efecto, y como adelantáramos, la Corte en su anterior composición había interpretado que el art. 4.1, Psjcr, obliga al Estado argentino a proteger la vida del *nasciturus* desde el momento mismo de la concepción y, además, a hacerlo mediante el uso de la sanción penal. En "Tanus" se autorizó el adelantamiento del parto de un feto anencefálico con el argumento de que "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 23849 –aprobatoria sobre la Convención Americana sobre los Derechos del Niño– y el art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–". Con lo cual, "no trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es –para excluir la protección de su vida– persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida".

Y en "Portal de Belén" reforzó estas consideraciones, estableciendo que "en la causa 'T., S.', antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción" (consid. 12), y señalando como justificación normativa de esta proposición, nuevamente, el art. 4.1, Psjcr, y el art. 2, ley 23849, v.gr., la declaración interpretativa según la cual "niño" es todo ser humano desde la concepción.

Por supuesto, se puede contraargumentar que también es una regla de uso del lenguaje jurídico la posibilidad de que la Corte se aparte de interpretaciones anteriores, en especial cuando cambia de composición.

Si bien esto es cierto, vale la pena preguntarse si esta facultad de cambio en la interpretación autoritativa de los conceptos jurídicos puede ejercerse, a su vez, sin reglas. Es cierto que el *stare decisis* propio del common law no ha sido enunciado nunca como una regla inherente a nuestra práctica, pero ¿significa esto que no rige regla alguna respecto del cambio copernicano en la interpreta-

ción constitucional (65)? Estas preguntas admiten dos lecturas, una descriptiva y otra valorativa. La pregunta descriptiva apunta a señalar las reglas que, de hecho, se han seguido en la práctica constitucional argentina con relación al cambio interpretativo jurisprudencial. Algunas reglas pueden identificarse; así, las que la Corte, en su actual composición, siguió en "Arriola": el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas pueden hacer que una norma se torne indefendible (66); si fracasan las razones utilitaristas de un precedente, no es intempestivo revisarlo, aunque sea dieciocho o diecinueve años después (67); son derogables los precedentes producidos y debatidos antes de una reforma constitucional (68); las justas exigencias de una sociedad democrática –como la posterior a 1983– son el filtro para evaluar las limitaciones a los derechos humanos fundadas en el bien común o el orden público (69); hay precedentes que encajan más cómodamente que otros en una constelación o cosmovisión jurídica (70), entre otras reglas. Vale la pena, pues, volver a preguntar: ¿qué regla rigió en el caso, si alguna, para que la Corte tomara la decisión de apartarse del precedente?

La pregunta valorativa, que es algo más relevante, apunta a determinar cuáles deberían ser las reglas que rigen un cambio de interpretación por parte de la Corte. Ello exige considerar cuál es el bien, el fin o el valor republicano o institucional que justifica la práctica del *stare decisis*. Más allá de las disputas interpretativas que sin duda puede generar este análisis, una de las respuestas más plausibles es la que apunta a la coherencia o unidad en la acción institucional de la Corte.

Ello, a su vez, conduce a preguntar: ¿coherencia en qué nivel? Y, sobre todo, ¿coherencia para qué? A lo primero responde Ronald Dworkin, no sin razón, que se trata de unificar la coherencia en el nivel de los principios. No es esperable que una Corte establezca siempre el mismo tipo de reglas para casos análogos, pero sí, en cambio, es esperable que, aun cuando cambie de reglas se atenga a los mismos principios. La continuidad en el nivel de los principios es lo que permite leer una historia constitucional como la historia de una misma y única práctica jurídica (71).

En esta consideración está en parte respondido lo segundo: ¿coherencia para qué? Entre otras cosas, para que

(65) Sobre la opinión de que el denominado *stare decisis* "vertical" no rige en la Argentina, puede consultarse Legarre, Santiago y Rivera, Julio C. (h.), "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical", LL 2009-E-820 a 832. Esta visión restrictiva ya aparece en Legarre, Santiago, "Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos", EDDC, t. 2005, ps. 676/680.

(66) "Arriola", cit., consid. 13, *in fine*.

(67) "Arriola", cit., consid. 14.

(68) "Arriola", cit., consid. 16.

(69) "Arriola", cit., consid. 22, *in fine*.

(70) "Arriola", cit., consid. 30.

(71) Cfr. Dworkin, Ronald, "A Matter of principle", Ed. Clarendon Press, Oxford, 1985, ps. 158-162; "Law's empire", cit., ps. 225-227; "Freedom's law", Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1997, ps. 10-12.

una práctica jurídica sea una práctica a prueba, o relativamente a prueba, de los cambios personales; para que una práctica jurídica sea una práctica institucional. O, si se quiere, para que sea el gobierno de las leyes, el Estado de derecho, el *rule of law* y no, en cambio, el gobierno de las personas. O, más bien, no únicamente el gobierno de las personas.

En esta misma línea, la Corte Suprema norteamericana dedicó varias páginas del célebre caso "Casey" a explicar por qué no consideraba apropiado revertir el otro célebre caso "Roe v. Wade", donde se definió el derecho a la "no penalización" del aborto. Entre las muchas razones que ofreció, algunas son –paradójicamente– en especial relevantes para determinar la pertinencia del cambio que la Corte argentina ha hecho en sentido opuesto. La primera razón que ofreció la Corte norteamericana para no cambiar "Roe" fue que entre este caso y "Casey" no había ocurrido cambio fáctico alguno que justificara una modificación en el modo de aplicar los principios constitucionales (72). Lo mismo cabe decir de la distancia de tiempo entre "Portal", "Tanus" y "F., A. L."

La segunda razón atiende a la relevancia o el lugar de la cuestión discutida en la comprensión global de los valores y los principios constitucionales, que obliga a ser aún más estricto en el apego al precedente (73). Lo mismo cabe decir de la cuestión discutida en "Tanus" y "Portal".

c) Una cuestionable autoconcepción institucional

La Corte ha optado pues por apartarse de la interpretación de los principios constitucionales hecha en casos anteriores, sin dar o proponer razones para este cambio y, más todavía, apartándose de sus propias reglas acerca de cuándo y cómo es pertinente este apartamiento.

Este desapego injustificado del precedente, la decisión de saltar los obstáculos formales que hubieran justificado su "no injerencia" y, con más razón, la extensa incursión a modo de *obitum dictum* en una materia claramente atinente al Poder Legislativo, sin más fundamento normativo que su propia voluntad creativa, revelan una peligrosa autoconcepción institucional de la Corte: una autoconcepción que se acerca demasiado a la imagen que la Corte la norteamericana no quiso de dar de sí misma en "Casey": "La revisión de... 'Roe' debilitaría seriamente la capacidad de la Corte para ejercitar el poder judicial y para funcionar como la Corte Suprema de una nación dedicada al Estado de Derecho. Cuando la Corte actúa para resolver el tipo

único de controversia, intensamente divisorio reflejado en 'Roe', su decisión tiene una dimensión que no está presente en casos normales, y adquiere una fuerza extraordinaria como precedente frente a los esfuerzos inevitables para revertirlo y frustrar su implementación. nicamente la más convincente justificación bajo estándares aceptados de sujeción al precedente podrían alcanzar para demostrar que una decisión ulterior revirtiendo la primera no era otra cosa que una rendición frente a la presión política y un repudio injustificado del principio sobre el cual la Corte basó su autoridad en primera instancia... La decisión de revertir el *holding* esencial de 'Roe' en las actuales circunstancias implicaría que hubo error, si es que lo hubo, al costo tanto de un profundo como innecesario daño a la legitimidad de la Corte y al compromiso de la Nación con el *rule of law*" (74).

Desde la perspectiva del poder, esta autoconcepción de la Corte Suprema argentina trasunta un facultamiento que, normalmente, moraría en otra rama del gobierno: la rama legislativa. A ella hubiera correspondido, en honor al régimen democrático que la propia Corte Suprema privilegia, la sanción de la correspondiente ley. Si bien el poder es confrontación permanente (75), se erige en uno solo, como elemento del Estado (76), y se civiliza o controla mediante la noción de competencia. Por lo mismo, sustraerlo de la rama legislativa para su ejercicio puramente judicial, con ánimos legisferantes, adelantándose –una vez más, como en "Halabi" (77)– a la deliberación colegiada democrática, conduciría al pago del costo más elevado: el de un cambio jurisprudencial, pura creación, dados "Tanus" y "Portal", y el de la pérdida de confianza en una institución que debería generarla.

VII. LA SEMÁNTICA CONSTRUCTIVISTA O LA CONSTITUCIÓN COMO UN "ÁRBOL SIN ESPECIE". UNA REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

Por muy cuestionable que resulte el dudoso apego de la Corte argentina a las formas propias de un Estado de derecho, o del *rule of law*, siempre queda el argumento de que estas reglas son formales y de que están subordinadas a la función esencial de cualquier tribunal de justicia, que como su propio nombre lo indica, es hacer justicia. En otras palabras, puede aducirse que incluso el cambio jurisprudencial que conlleva el alto costo de la –al menos en apariencia– pérdida de autoridad de la Corte se justifica frente a la gravedad de la injusticia del precedente. En este

(72) Cfr. "Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Robert P. Casey et al.", 112 S. Ct. 2791:2799.

(73) Cfr., *ibid.*

(74) Cfr. *id.*, ps. 2799-2780.

(75) Bidart Campos, Germán J., "El derecho constitucional del poder", t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 16.

(76) Legón, Faustino J., "Tratado de derecho político general", t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 1.

(77) Una cosa es interpretar jurisdiccionalmente para "completar" la elaboración legislativa, al decir de Haro, Ricardo, "Control de constitucionalidad", 2ª ed., Ed. Zavallía, Buenos Aires, 2008, p. 227. Y otra, bien distinta, entendemos, es producir, *ex nihilo*, esa elaboración legislativa toda.

orden de ideas, conviene preguntarse si la Corte norteamericana no hubiera hecho mejor en pagar este costo para revertir la injusticia de "Roe" o, al revés, si la Corte argentina no hizo bien al pagar el costo que pagó para revertir la injusticia de "Tanus" y "Portal".

En "Casey", la pregunta era si el derecho del sujeto por nacer a que el Estado proteja su vida bien valía admitir públicamente, con la pérdida de autoridad que esto conlleva, que se había cometido un error moral y constitucional. En "F., A. L.", la pregunta se plantea en sentido contrario: el pretendido derecho de la mujer a acceder al aborto sin la amenaza de la sanción penal e, incluso, con el auxilio estatal, ¿vale el costo que pagó la Corte? Ninguna de estas preguntas puede responderse si se niega la posibilidad de discutir racionalmente los problemas de justicia. Pero negar esta posibilidad es negar la racionalidad del derecho constitucional en su totalidad, cuya finalidad expresamente enunciada en más de un instrumento internacional y en más de una Constitución es hacer justicia o, lo que es lo mismo, asegurar el trato igualmente digno a toda persona. De todas maneras, aquellos que nieguen la posibilidad del análisis racional de los problemas morales pueden hacerse a sí mismos la pregunta en términos de coherencia. Desde este punto de vista, se trata de averiguar si la premisa semántica constructiva que subyace al fallo de la Corte es coherente con la concepción según la cual los derechos fundamentales son vallas, frenos o cartas de triunfo frente a determinadas pretensiones —¿injustas, ilegítimas?, ¿cómo llamarlas?— de la comunidad política y/o de sus gobernantes.

La premisa semántica constructiva subyace al fallo de la Corte tanto si entendiera que niega la personalidad del feto —dejando por ahora de lado el hecho de que este avance implicaría un claro apartamiento del margen lingüístico de interpretación— como si se entiende, lo cual parece más defendible, que se limita a excluir de las obligaciones estatales correlativas al derecho a la vida del feto, la protección con la sanción penal —contra "Tanus" y "Portal"—, en casos de violación, reales o aparentes —"fabricados", en el lenguaje de la Corte (78)—.

En ambos casos, la Corte ha optado por definir tanto el significado de los conceptos como su campo de referencia sin otro título que su propia autoridad institucional. El hecho mismo del cambio copernicano en la interpretación de los mismos principios y conceptos que se interpretaron de forma contraria en casos anteriores es una muestra de esta concepción semántica subyacente.

De este modo, la Corte se define por una de las posiciones,

en un debate ya algo andado, que en el campo de la filosofía del lenguaje y de la filosofía jurídica, a saber, el debate por el rol de la referencia en la construcción social de los conceptos. En este debate, algunos sostienen que los conceptos se construyen en el seno de las diversas prácticas sociales, tanto en lo que tienen de abstracto —la idea o significado general que denotan— como en lo que tienen de concreto —las cosas a las que se refieren—. Otros entienden, en cambio, que aun cuando el uso social tenga su parte en la construcción del significado de los conceptos, su referencia, esto es, la clase de cosas incluidas en este significado general, ilumina u orienta esta tarea de construcción social (79). Así, el concepto de persona puede extenderse en la práctica jurídica a realidades tan distintas como un hombre y un conjunto de hombres unidos con un mismo fin. Sin embargo, esta posibilidad de extensión tiene un límite, que está dado por la naturaleza de las cosas a que se refiere el concepto y, particularmente, por el rol de estas cosas en la práctica social dentro de la cual se construye su significado. No cabría así extender el concepto de persona (jurídica) a un grupo de hormigas que "trabajan" unidas para un fin, porque esta extensión no se ajusta al rol que el concepto de persona desarrolla en la práctica social que denominamos "derecho".

Aplicado el debate al problema de los derechos fundamentales y al problema todavía más específico de la definición de quién es titular o persona de derechos fundamentales y cuáles son las prestaciones correlativas al goce del derecho a la vida, el debate semántico supone una de dos opciones. O el concepto de persona jurídica es una construcción social pura y, con éste, todos sus derechos, incluido el derecho a la vida, son también construcciones sociales sin fin o *telos* preestablecido, o el concepto de persona —y con éste, el conjunto de los derechos fundamentales— tiene una dimensión creativa que, sin embargo, está orientada a la realización humana en el ámbito existencial de la convivencia social.

Por supuesto, no es éste el lugar para despejar un debate epistemológico, lingüístico y jurídico que surca todos los ámbitos del conocimiento humano desde el mismo nacimiento del saber como ciencia. Sin embargo, quizá sea el lugar para preguntar si es posible construir una práctica social justa sin referencia alguna para el concepto de justicia. O, si se quiere, si es posible seguir hablando de derechos fundamentales, cuando éstos carecen de toda referencia, más allá de la referencia que un uso social, político, jurídico, quiera, o pueda, asignarle. En todo caso,

(78) "F., A. L.", consid. 28. Bianchi, Alberto B., "Un avance preocupante...", cit., refiere a lo simple que resulta probar la pretendida violación, pues basta con una declaración jurada (secc. III.b). Entendemos que, en el sistema que diseña la Corte Suprema, esa declaración tiene ejecutoriedad, y una eventual redargución de falsedad de esa declaración nunca tendría la virtualidad de volver las cosas para atrás, esto es, devolver la vida al ser gestado y abortado libremente.

(79) Se aludió a estas dos concepciones en n. 35.

más allá de la referencia que una mayoría, o una minoría con más fuerza para ser oída que una mayoría, quiera asignarle.

O, utilizando analogías más actuales, cabe preguntarse si tiene sentido una Constitución que puede crecer o podarse, según cómo se lo mire, hasta cambiar de especie (80).

Una sentencia arbitraria: el fallo "F., A. L." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Alfredo M. Vítolo (*)

SUMARIO:

I. Los hechos.- II. Los vicios de la sentencia.- III. Los votos concurrentes.- IV. Un tema aparte: el rol de los amici.- V. Conclusión

En la obra clásica "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria" (1), Genaro Carrió estableció, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la tipología más utilizada sobre sentencias arbitrarias. Uno de estos tipos está constituido por aquellas sentencias que presentan serios defectos en su fundamentación normativa, que transforman la decisión en un mero acto voluntarista del juez.

Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en la sentencia dictada recientemente por nuestra Corte en la causa "F. A. L." (2) sobre la pretendida existencia de un "derecho al aborto" en los casos de violación. Los argumentos del voto mayoritario, suscripto por los Dres. Lorenzetti, Highton, Fayt, Zaffaroni y Maqueda (Argibay y Petracchi suscribieron sendos votos concurrentes), reflejan una interpretación antojadiza, y hasta en algún caso falaz, de las normas aplicables, distorsionándolas a fin de hacerlas coincidir con el resultado que, en visión del tribunal, resulta deseable, configurándose así lo que Robert Bork ha denominado "la seducción política del derecho" (3).

I. LOS HECHOS

Frente a un embarazo producto de una violación sobre una menor de edad, la madre de la niña requirió, ante los

tribunales locales de la provincia de Chubut, autorización para la realización de un aborto con fundamento en la norma del art. 86, párr. 2, y sus incs. 1 y 2, CPen., que establece que "el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1 Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2 Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto". Frente al rechazo de la acción en primera y segunda instancia, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia revocó la decisión y autorizó el aborto señalando que éste encuadraba dentro del supuesto de "aborto no punible".

Así fue, pues, que el aborto se realizó en marzo de 2010. Sin perjuicio de ello, el asesor general subrogante de la provincia de Chubut, alegando la representación de la persona por nacer (a pesar de la muerte del *nasciturus*), interpuso recurso extraordinario sobre la base de la gravedad institucional que presentaría el caso. Ante la Corte Suprema de Justicia intervinieron la defensora general de la Nación, quien asumió la representación de la menor violada,

(80) La imagen propuesta surge de la tesis expuesta por Waluchow, Wilfrid J., "A common law theory of Judicial Review. The living tree", en "Cambridge studies in philosophy and law", Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2007, ps. 54/55 y ss., esp. p. 55, donde alude a la "constitución como un 'árbol viviente' que crece y se adapta a las circunstancias, tendencias y creencias contemporáneas, y cuya actual y continua autoridad reposa sobre su justicia o sobre factores como el consentimiento, el compromiso, o la soberanía del pueblo-hoy, no de los constituyentes o del pueblo-entonces...".

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Buenos Aires. El autor presentó un amicus curiae ante la Corte Suprema en el expediente en el cual se dictó el fallo.

(1) 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

(2) Sentencia del 13/3/2012, "F. A. L. s/medida autosatisfactiva", expte. F.259.XLVI.

(3) Bork, Robert, "The tempting of America. The political seduction of the law", Ed. The Free Press, New York, 1990.