

# El aborto no punible en la Argentina

Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso “F., A. L.” de la Corte Suprema

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*

Profesor adjunto de Teoría General y del Derecho, Facultad de Derecho, UBA.

## Introducción

En su afamado libro *Life's dominium*, Ronald Dworkin, ya en los primeros renglones, plantea que temas como el que aquí se examinará remiten a decisiones en torno de la vida y de la muerte de las personas, las que, como es obvio, no resultan neutrales ni, menos, sencillas.<sup>1</sup> En rigor, hace pocas semanas –y a propósito de la autorización o no de adoptar medidas respecto de una persona que “por miedo obsesivo a subir de peso” se hallaba en riesgo cierto de muerte–, el juez inglés Peter Jackson señaló que “la diferencia entre vida y muerte es la mayor que conozco”.<sup>2</sup> Y, antes, en el célebre precedente norteamericano “Rode v. Wade”, el juez Blackmun precisaba que eran pocas las cuestiones que habían despertado, a lo largo de la historia y en todos los ámbitos de las ciencias, tantos debates, en ocasiones hostiles y

1. Dworkin, Ronald, *Life's dominium. An argument about abortion, eutanasia and individual freedom*, First Vintage Books Edition, 1994. Escribe este autor, reciente Doctor honoris causae de la Universidad de Buenos Aires: “Abortion, wich means deliberately killing a developing human embryo, and eutanasia [...], are both choises for death”.

2. Cfr. *La Nación*, 19/6/12.

lacerantes, como la presente.<sup>3</sup> De ahí que si resulta verdadera –como así la estimo– la afirmación de la Hermenéutica filosófica de que el obrar humano se halla precedido de “precomprensiones” que determinan, cuanto menos, la inicial inteligencia de las asuntos,<sup>4</sup> esta tesis se torna aún más patente al examinar el tópico del aborto, respecto del cual resultará extraño encontrar alguna apreciación desinteresada. Es que no puede ser de otra manera cuando, como se anticipó, la divisoria de criterios marca (o puede dar lugar a) la cancelación de la vida de un ser humano, acaso la decisión más trascendente que pueda adoptarse entre las innúmeras opciones que depara la coexistencia social.

3. Cfr. *Rode v. Wade*, 410 US 113, 93 S. Ct 705, 35, L. Ed. 2d. 147 (1973). Dicho magistrado precisaba que no escapa “la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto, la fuerte oposición entre puntos de vista diferentes, las profundas y absolutas convicciones que el tema inspira, y la influencia que –acerca de lo que se piensa sobre el aborto– ejercen la filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la existencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores y las pautas morales que establece y procura cumplir”, todo lo cual no obsta a que su tarea sea “...resolver el tema conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias, [...] honestamente” (según la traducción del voto del juez Vigo en la causa “I.M.”, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *La Ley*, 1998-F, 547). Tomo la expresión “lacerante” del sugestivo estudio de Viola, Francesco, “Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, 2º, corregida, reestructurada y ampliada, p. 173.

4. Cfr., por todos, Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método, I, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1996 (del alemán por Ana Agud y Rafael de Agapito), quien, entre otros conceptos, dice que “los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser”. Me he ocupado de este tema en varios trabajos. Cfr., esp., “Precomprensión y jurisprudencia”, *Persona y Derecho*, 47\*\*, *Derecho, historicidad, lenguaje, Estudios en honor de Arthur Kaufmann*, Pamplona, 2002, pp. 391-416 y “Un análisis hermenéutico de la comprensión jurídica”, en Vigo, Rodolfo L. (coord.), “Interpretación y Argumentación jurídica: perspectivas y problemas actuales”, *Jurisprudencia Argentina, Número Especial*, Buenos Aires, 2009-III, pp. 74-79 (reproducido en Alarcón Cabrera, C./Vigo, Rodolfo L., *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2011, pp. 355-364. También puede consultarse con provecho el reciente estudio de Colombo Murúa, Ignacio, “Una aproximación hermenéutica al activismo judicial”, *La Ley*, 2012-B, 998.

En ese horizonte, que la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se plantee en esta publicación que lleva el sugestivo título de *Pensar en Derecho*, un examen acerca de uno de los tópicos cruciales del destino humano, además de hacer honor a su genuina razón de ser, revela su concreto compromiso con el lugar en el que se halla y al que, primaria (pero no exclusivamente por cuanto toda reflexión universitaria es, de suyo, universal) destina su enseñanza. Y que sus autoridades y consejo editorial me confirieran el honor de colaborar en esta entrega, al tiempo que provoca el agradecimiento hacia aquellos, acrecienta mi permanente deseo de cooperar en la búsqueda intersubjetiva y en la consecuente divulgación del saber científico, en línea con lo que me fue enseñado en las aulas de mi “alma mater” y a lo largo de mi posterior carrera docente en ella.

Se me ha requerido, pues, un comentario sobre el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de nuestro país, el pasado 13 de marzo de 2012, en la causa “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, en la que confirmó lo resuelto por la anterior instancia, que había hecho lugar al pedido de la madre de una menor de 15 años de edad –al momento de la judicialización del asunto–, de que se interrumpa su embarazo con base en el art. 86, incs. 1º y 2º del Código Penal, con sustento en que la niña había sido objeto de una violación de resultas de lo cual cursaba, en ese momento, un embarazo de ocho semanas. Como resulta previsible por cuanto se anticipó en los párrafos anteriores, el fallo ha motivado en lo que va de estos escasos meses numerosos comentarios, laudatorios y críticos que, empero, y por los mismos motivos, no son sino la antesala de muchos otros, de análogas orientaciones, que llegarán en el futuro.<sup>5</sup>

5. Se han ocupado del caso, entre una amplísima bibliografía: Basset, Úrsula C., “El aborto en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: una reelaboración en torno a la función ritual y mítica del Derecho Penal”, *La Ley. Sup. Const.* 11/05/2012, p. 38; Peyrano, Jorge W., “Trascendencia procesal del fallo de la Corte sobre ‘aborto no punible’”, *La Ley*, 07/05/2012; Zabaleta, Daniela, “Cuando la justicia no hace justicia”, *El Derecho*, 25/04/2012, y los números colectivos en los que se incluyen numerosas contribuciones, publicados en las revistas *La Ley*, 21/03/2012 y *El Derecho*, 20/04/2012 y 23/04/2012. Si bien no hace referencia a este caso, es interesante el estudio de Iribarne, Héctor P., “Acercas de la despenalización del aborto”, publicado en la recientemente inaugurada revista *Derecho Privado*, dirigida por G. Caramelo y S. Picasso, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infojus, Año I, N°1, pp. 151-205.

Mi contribución, por ende, se inscribe en ese contexto. No pretende –no puede conceptualmente pretender– clausurar un debate de suyo siempre contingente y, por tanto, abierto a viejas y nuevas perspectivas.<sup>6</sup> De ahí que aspira, en el antedicho espíritu de cooperación intelectual, a reflexionar tanto sobre aspectos del pronunciamiento que estimo han sido inadecuadamente planteados, cuanto sobre otros que lo fueron acertadamente y, también, sobre cuestiones soslayadas y que, a mi ver, deben integrar la consideración global del asunto en orden a obtener un “producto seguramente más elaborado”, para decirlo con palabras de la Corte Suprema,<sup>7</sup> sobre este tópico. En ese horizonte, mis reflexiones cabalgarán sobre un triple orden de razones, a saber: a) el de la dogmática penal; b) la perspectiva metodológica y c) el horizonte teórico o filosófico.

### **El sentido del art. 86, inc. 2º del Código Penal**

#### *La argumentación del voto mayoritario y su crítica*

El inciso en cuestión, en cuanto aquí interesa, dispone que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, 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”. La mayoría del Alto Tribunal adhiere a la interpretación amplia del texto, según la cual “debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado [...] comprende a aquél que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima” (consid. 18).<sup>8</sup>

6. Viola, en el trabajo anteriormente citado (nota 3) escribe (p. 173): “quizás esta es una característica de los derechos humanos como nueva forma del derecho natural, es decir, la de ser una búsqueda siempre abierta y jamás conclusiva sobre el modo más adecuado de respetar la dignidad humana en la vida social y política”

7. Fallos: 318:514.

8. Los interesantes votos de los jueces Argibay y Petracchi arriban, implícitamente, a la misma conclusión, ya que no efectúan el análisis que realiza la mayoría, tal y como se verá *infra* IV, B, 4.

A tal fin desarrolla un cuádruple orden de razones, no sin antes referir que media al respecto un “importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial...”. Así, expresa en primer lugar, que “de la mera lectura del [...] inc. se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva [...] previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza”. En segundo término, porque “un examen conjunto y sistemático de los *diferentes apartados* previstos en esta norma también conduce a adoptar su interpretación amplia” ya que establece “un requisito común para los dos supuestos”, a saber, que “no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta”. Y agrega: “es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto” estableció “en este caso” se requerirá la anuencia del representante legal. En tercer lugar, porque, vinculando el inciso con el art. 119 del mismo cuerpo, reafirma que aquel “diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer ‘idiota o demente’”. Para agregar: “como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el ‘atentado al pudor’ no puede ser sino un acceso carnal [...] que produzca un embarazo”, por lo que “puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia) no es posible sostener que cuando al principio dice ‘violación’ también se refiera al mismo tipo de víctima”. Y, por último, porque “al formularse esta norma [...] se tradujo [...] la correlativa previsión del Anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental...” (consid. cit.).

2. En primer lugar, llama la atención la referencia al “importante grado de desinformación” que padecerían los profesionales de la salud sobre la debida exégesis del precepto, ya que la cautela de aquellos respecto de las decisiones a seguir en estos asuntos se explica, más bien, desde su especialización y, por ende, desde el conocimiento de las graves consecuencias que irroga toda decisión al respecto, cualesquiera sea su contenido. Además, es sabido que esa cautela también comprende al denominador común de los

juristas, quienes por casi una centuria han derramado ríos de tinta en torno de la cabal exégesis del inciso, debate al que, empero, no se hace ninguna referencia,<sup>9</sup> siendo además incompleta, como se verá, la alusión a la génesis histórica del inciso. Mi exposición, en consecuencia, considerará –además de los puntos específicamente abordados por el Alto Tribunal–, el señalado dilatado debate doctrinario sobre el documento; los fundamentos del proyecto que lo originan; la cosmovisión que caracterizó a la época en que se introdujo el inciso y el punto de vista del más notable de sus redactores, Joaquín V. González. De esta manera, aspiro a proporcionar una idea más completa del sentido del texto que, considero, no es el que asume el tribunal.

3. Así las cosas, y en lo concerniente al primer argumento, desde la mera gramática, dista de ser de “evidencia” (confr. consid. 18, párr. 5º, voto de mayoría al que en lo sucesivo se cita) que “al utilizar una conjunción disyuntiva” el legislador “previó dos supuestos diferentes”. Obsérvese, v. gr., lo que enseña el diccionario más reputado de la lengua castellana en rededor

9. En Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1970, t. III, p. 107, notas 53 y 54 se encuentra una completa mención –a esa época– de la disputa doctrinaria relativa al alcance del inciso. Cabe añadir, a lo que allí se cita, la opinión –favorable a una inteligencia amplia– de Jiménez de Asúa, Luis, “El aborto y su impunidad”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 26, 1942, pp. 986 ss., y la contraria de Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 391 y Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, t. III, p. 182, la que no es compartida por Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, t. IV, esp. p. 239 y, del mismo autor, *Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 13ª, 11ª reimpresión, actualizada por G. A. C. Ledesma, p. 95. Entre los doctrinarios más contemporáneos, Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, 91, asume la tesis amplia, aunque por un fundamento distinto al que brindaron los partidarios de esa perspectiva. En cuanto a Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Viera Editor, Corrientes, 2003, 2ª actualizada, p. 206, se inclina por el punto de vista restrictivo, a partir de la aguda observación de Terán Lomas, quien al reflexionar sobre el decreto-ley 17.567 que sigue en este aspecto a Soler, introduciendo con claridad la permisón del aborto procedente de una violación, sin más, “siempre que la acción penal haya sido iniciada”, y haciendo la salvedad de que si “la víctima de la violación fuera una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”, “no ha significado otra cosa que admitir la tesis contraria y dar la razón a Núñez”, esto es, que el art. 86, inc. 2º, en su versión originaria, ha receptado solo el aborto eugenésico”.

de la “o”, precisamente respecto de temas dudosos: “1. conjunción *coordinante* que tiene valor *disyuntivo* cuando expresa alternativa entre dos opciones: ¿prefieres ir al cine o al teatro? *Otras veces* expresa *equivalencia*: el colibrí o pájaro mosca es abundante en esta región”.<sup>10</sup> Es claro de lo transcrito que el significado de la conjunción es bivalente, por lo que la inteligencia que extrae el voto bajo estudio del inciso parece precipitada. Todo lo más, cabría decir que el sentido del texto no es concluyente, por lo que tanto puede prever dos supuestos diferentes como uno solo. Es más: el citado diccionario agrega una tercera posibilidad de empleo de la conjunción “o”, que estimo directamente aplicable a la última frase del párrafo en discordia y que tampoco tiene el efecto de una disyunción. Dice: “también se usa para *coordinar* los dos últimos elementos de una ejemplificación *no exhaustiva*, con un valor de *adición* semejante al de la conjunción ‘y’: acudieron a la fiesta muchos famosos, como periodistas, actores o futbolistas; la conjunción ‘o’ tiene por objeto señalar aquí que *no se ha agotado la enumeración*, que se han citado sólo unos cuantos ejemplos de entre los varios posibles...”.<sup>11</sup> Pues bien; el empleo de la conjunción recién transcrita es el que se advierte cuando el texto dice “...cometido sobre una mujer idiota o demente”, ya que en este caso “o” tiene por fin señalar que “no se ha agotado la enumeración”, lo cual luce patentemente cierto si se pondera que el documento que los legisladores tuvieron a la mano —como se ilustrará más abajo, es decir, la versión francesa del anteproyecto suizo— mencionaba a “...una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia...”. El legislador nacional, pues, empleó la conjunción con el objeto de “coordinar” (no de separar) “los dos últimos elementos de una ejemplificación no exhaustiva” y que, en el caso del antecedente mencionado, contenía cuatro caracterizaciones de la mujer pasible de aborto.

De lo expuesto infiero que —desde la sola semántica a la que la Corte da especial relevancia con sustento en la conocida jurisprudencia de que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” (cfr. consid. cit., párr. 4<sup>o</sup>)— es perfectamente posible extraer la tesis contradictoria a la del fallo bajo análisis, en tanto la “o” puede referir, *equivalentemente*, a dos modalidades

10. *Diccionario Panhispánico de Dudas*, Real Academia Española, 2005 (el destacado se ha añadido).

11. *Ibíd.*, loc. cit. (énfasis añadido).

(...violación o atentado al pudor...) de un único supuesto (...de mujer idiota o demente). Lo determinante en el inciso es, según esta exégesis gramatical, esta última característica: regula la situación *de una mujer* idiota o demente, quien ha sido objeto de una “violación” (que da como consecuencia el embarazo) o de un “atentado al pudor” que, como resulta obvio y es correctamente señalado por la Corte (consid. cit., párr. 8º), entraña, en los hechos, un acceso carnal del que se deriva el embarazo y que se conoce como “violación impropia”. Y ambos supuestos no constituyen una redundancia –como lo señaló parte de la doctrina especializada y, también, la Corte en el último lugar citado–<sup>12</sup> sino que regulan dos supuestos (violación propiamente dicha y violación impropia) que pudieron generar cierta perplejidad en el horizonte intelectual argentino, pero ninguna en el ámbito del que se origina (Alemania), del que fue tomado por el citado anteproyecto suizo y, de ahí, a través de una obra de Jiménez de Asúa, por el legislador argentino. Es que en Alemania se distinguió con toda precisión entre “*Notzucht*” y “*Schändung*”, expresiones que, en francés, se tomaron como “viol” y “attent à la pudeur”. Es verdad, como se profundizará en seguida, que en la fuente del legislador ambos ilícitos mentan supuestos distintos, pero no sucede así en nuestro inciso, en el que no hay una “coma” sino una “conjunción”, por lo que no cabe –desde la gramática– hacerle decir al inciso lo que no dice o, cuanto menos, lo que no es posible establecer con precisión, certidumbre que si bien es deseable para todo el ordenamiento jurídico, *a fortiori* lo es en materia penal, en donde el principio de legalidad exige tipificar con toda precisión las conductas punibles y las que no lo son, máxime si lo que se está debatiendo es de especial envergadura.

A pesar de que considero que se puede, con el apoyo de los expertos lingüísticos citados, sostener la tesis contradictoria que la propuesta por la Corte, no veo prudente argumentar desde una postura que admite también una exégesis diversa. Desde luego, lo mismo cabe decir de la postura inversa. Fundar el sentido del documento –cualesquiera sea éste– desde su gramaticalidad es, pienso, hacerlo desde bases controversiales y, en última

12. En cuanto a la doctrina, cfr. Soler, *op. cit.*, nota 9, p. 108; Fontán Balestra, a partir de la opinión de Molinario, *Derecho Penal*, cit. nota 9, p. 95, y *Tratado de Derecho Penal*, cit., nota 9, p. 239, o Donna, *op. cit.*, nota 9, p. 90, quien sigue la tesis de Soler.

instancia, débiles. Por ello, la clave del sentido del inciso debe buscarse en otra sede. Es lo que haré en los puntos B, C y D.

4. La segunda tesis (que la Corte conoce como del “análisis sistemático”, consid. cit., párr. 6º) se desglosó en dos argumentaciones que, al igual que la anterior, ostentan tanto fortalezas como debilidades. Lo primero reside en que la oración introductoria a las dos causales de exención de punibilidad del aborto prevén, como expresa la Corte, el “consentimiento de la mujer encinta” (consider. cit., párr. 6º), por lo que la “violación” del inc. 2º no puede sino hacer referencia a alguien que no es idiota o demente, inteligencia que se afianza con el agregado de que, luego de referir a la mujer con tales características, se señala que “en este caso” se exigirá el consentimiento de su representante legal. Empero, la debilidad del argumento estriba en que, de acuerdo con lo expresado en el anterior párrafo, si violación y atentado al pudor son modalidades que gravitan sobre una única característica, la alusión a “en este caso” comprende a la totalidad del inciso, el que refiere, entonces, a un solo supuesto. En abono de esta tesis, Lucila Larrandart refiere que quienes así piensan consideran que se está ante “un caso único”, pues “de lo contrario se hubiera dicho ‘en este segundo caso’, o ‘en este último caso’”.<sup>13</sup> Y no cambia las cosas que el párrafo introductorio alude al “consentimiento” porque bien cabe decir que éste refiere, netamente, al primer inciso, en tanto que el segundo mienta una única realidad diversa a la que, justamente, alude la expresión recién citada.

De cualquier modo, no se me escapa que el texto dista de ser diáfano y que, por lo mismo, no cabe desechar ninguna de las razones precedentemente brindadas, es decir, tanto las que permiten la significación amplia como las que autorizan la restrictiva. Se estaría, como en el supuesto anterior, ante una situación de “perplejidad jurídica”, para decirlo con Álvaro D’Ors; esto es, ante un magnífico ejemplo de equívocidad, tanto semántica

13. Larrandart, Lucila, en Baigún D./Zaffaroni, E. R., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2º, 2010, p. 859. Es interesante la tesis contraria que predica Fontán Balestra, *Derecho Penal, op. cit.* nota 9, p. 95, para quien “al referirse al consentimiento [del representante legal], la ley dice en ‘en este caso’, lo que reafirma la bivalencia de la disposición, pues si se refiriese a la violación y al atentado al pudor sobre mujer idiota o demente, debería decir ‘en estos casos’”.

como sintáctica,<sup>14</sup> que torna inapropiada –por ser discutible– cualquiera de las defensas que, desde ese lugar, se esgriman acerca del sentido del documento.

Idéntica suerte adversa para desentrañar tal inteligencia corre el segundo tramo de esta argumentación, que es cuando vincula el inciso examinado “con el sistema de los abusos sexuales regulados a partir del art. 119...” (consid. cit., párr. 9º). En mi opinión, no parece “evidente” que “violación”, como sugiere la Corte, “se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres ‘no idiotas o dementes’”, de modo que el “atentado al pudor” debe quedar reservado al acceso carnal que produzca embarazo de mujeres de aquellas características. Además de lo ya dicho *supra* 3, mientras el art. 119 tipifica la pena que recae ante diversos supuestos de violación, el inc. 2º del art. 86 prevé una hipótesis diametralmente diversa: la *excusación de punibilidad* de la mujer capaz e incapaz (o, en otra inteligencia posible, solamente incapaz) por la violación (cualquiera sea su sentido) *seguida de embarazo*, ya que no advierto ningún impedimento para que el mentado acceso carnal sobre mujer incapaz sea, en los términos del entonces contemporáneo –con el inciso controvertido– art. 121, “cuando se usare fuerza o intimidación” (inc. 3º) o cuando aquella “no pudiese resistir”, precisamente por tratarse de “persona [...] privada de razón o de sentido” o que padeciera “enfermedad o cualquier otra causa” (inc. 2º), o “cuando la víctima fuere menor de doce años”.<sup>15</sup>

Desde esta lógica, si bien al legislador le hubiera bastado con decir “... violación de mujer idiota...”, no lo hizo. La razón parece clara: conoció el anteproyecto helvético que contenía la descriptiva caracterización anteriormente citada y empleó esa fórmula, aunque, como se verá, a poco andar la

14. Para esto, cfr. el clásico estudio de Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2º, ampliada y revisada, 11ª reimpr., p. 272 y ss. A partir de este autor, cfr. mi libro *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2009, 2ª, corregida y aumentada, pp. 206-207.

15. Estimo que es coincidente la exégesis combinada de ambos textos que realiza Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, t. II, pp. 148-9, quien concluye “bastaba con que se hubiera hecho referencia al embarazo proveniente de una violación”, el que se halla justificado por la razón eugenésica que a su juicio inspiraba al texto. Idéntica es, en este tramo, la postura de Fontán Balestra, *Tratado*, *op. cit.* nota 9, p. 237.

redujo a la versión actual. Y como aquel giro (“atentado al pudor”) es ajeno a nuestra tradición, según coinciden todos los autores y así, probablemente, fue considerado también por el legislador, especificó la exención a partir de la existencia de “violación” que, en los hechos, viene a ser sinónimo de dicha expresión. Violación propia o impropia, como expresa el voto de mayoría, pero violación al fin. Lo decisivo –enlazando con lo ya dicho– es que la violación es de mujer “idiota” o “demente”. Por lo demás, nada hay que impida que una incapaz resulte “profanada” con fuerza o intimidación o aprovechando hallarse “privada de razón o de sentido”.

¿Qué hacer ante ello? Se sabe que no es posible –mucho menos en temas como éste– apelar al romano recurso del “non liquet”, sino que se debe optar por alguno de los dos temperamentos. De ahí que considero que es necesario ir más allá de la sintaxis y de la semántica del documento, para adentrarse en otros dos “elementos” –para seguir la expresión savigniana–<sup>16</sup> tradicionalmente empleados por la jurisprudencia de la Corte en orden a develar normas oscuras o dudosas: el examen del contexto que da vida al texto<sup>17</sup> y el análisis de los fundamentos que dieron sustento a la norma.<sup>18</sup> Y a estos dos, añadiré otro: el análisis de la cosmovisión del más señero de sus redactores, Joaquín V. González.

## **B. El clima de época en la sanción del inc. 2º**

1. Me parece insustituible, a fin de obtener una mejor comprensión del tema bajo análisis, contextualizar el momento en que se gesta el documento ya que, como se verá, la interpretación tradicional siempre vio al inciso como un caso de aborto “eugenésico”. ¿Qué es la eugenesia? En un interesante estudio, Eduardo Soria escribe que “durante décadas, muchos estuvieron de acuerdo en que el hombre debía favorecer la proliferación de los integrantes más aptos de su raza y debía condicionar el desarrollo de la masa más débil. De esta forma, defendían que el hombre corregiría el error,

16. Cfr. Savigny, M. F. C. de, *Sistema del derecho romano actual* (del alemán por J. Mesía y M. Poley), Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f, 2º, t. I, pp. 187-188.

17. Fallos: 241:291 (“Kot” esp. pp. 299-300); 328:566 (“Itzovich”, consid. 10º, voto de la mayoría; consid. 13, párr. 5º, voto del juez Lorenzetti, entre muchos otros).

18. Fallos: 313:1149; 315:790; 321:2594; 322:752, 2321, entre muchos otros.

producto del avance de la ciencia y la medicina, que posibilitó a los enfermos de cuerpo y/o mente continuar con sus vidas más de lo que la naturaleza les habría permitido, que ocasionó que los débiles tuvieran la posibilidad de reproducirse y engrosar las filas de la especie humana en forma negativa respecto al conjunto. Algunos de los que argumentaban esto, incluso llegaban a la conclusión de que era un acto de justicia el ‘...eliminar al enfermizo, al deforme y al menos veloz o potente [...] así se impide toda degeneración de la raza por la multiplicación de sus representantes menos valiosos’.<sup>19</sup>

La bibliografía especializada coincide en que se debe al inglés Francis Galton (1822-1911), el origen de la teoría eugenésica, vocablo de origen griego que significa individuos “bien nacidos, de noble origen y de buena raza”; tesis ésta que se conjuga con la teoría hereditaria debida al monje austriaco Gregor Mendel (1822-1884) y la teoría evolucionista de Charles Darwin (1809-1882) y que traspasaron con rapidez los límites de las ciencias médica y biológica para ingresar al imaginario social a través de perspectivas diversas como, en cuanto aquí interesa, la de la doctrina (por conducto del llamado “positivismo científico”) y la de la legislación.

2. Como ejemplo de lo primero, es oportuno citar el influyente libro de uno de los más destacados juristas alemanes, Karl Binding, en asociación con el también reputado psiquiatra Alfred Hoche, *Aprobación del aniquilamiento de la vida no digna de ser vivida*. Allí se escribe: “¿Existen vidas humanas cuyo carácter de bien jurídico esté tan dañado, que su continuidad ya no tenga ningún valor, ni para sus titulares ni para la sociedad? Con sólo plantearlo se provoca un sentimiento de incomodidad en quienes se han acostumbrado a valorar la vida individual, tanto para su titular como para la comunidad. [...] pero si se evoca un campo de batalla sembrado de miles de jóvenes muertos, o una mina de carbón en la que cientos de abnegados trabajadores pierden la vida por un derrumbe, y se comparan mentalmente esas imágenes con las de nuestros institutos para idiotas, con todo el esmero que allí ponen en tener a los internos vivos, uno no puede sino sentirse conmovido en lo más profundo de su ser por la aguda contradicción entre el sacrificio a gran escala del bien más valioso de la humanidad, por

19. Soria, Eduardo R., “El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)”, *Eä*, vol. I, N°1, agosto/august 2009 ([www.ea-journal.com](http://www.ea-journal.com)), p. 4.

un lado, y por el otro el empeño puesto en cuidar existencias que no sólo carecen de todo valor, sino que además deben ser consideradas negativas”.<sup>20</sup> Y, como ejemplo de lo segundo, señala Soria que se “realizaron congresos y publicaciones manifestando la necesidad de la implementación de medidas y programas desde el estado, para realizar control sobre ítems como la actividad sexual y reproductiva de la población o la mezcla racial producto de la inmigración, pero también la necesidad de trabajar sobre la eliminación de la pobreza como foco de enfermedades, el alcoholismo y la pereza [...]. Así se reglamentó [...] el examen prenupcial, la esterilización de criminales, el aborto eugenésico, las restricciones a la inmigración, el control de natalidad, el examen físico escolar, etc.”.<sup>21</sup> Fueron famosas, en ese campo, la legislación norteamericana, inglesa o australiana.

Las ideas eugenésicas originarias de Europa también llegaron a nuestras tierras, donde fueron receptadas por pensadores, como es el conocido caso de José Ingenieros, hombres de letras o juristas-legisladores.

3. En el ámbito de la literatura, y en lo que puede dar lugar a un estudio en clave de lo que en Estados Unidos se conoce como “Law and Literature”, a mi juicio todavía no explorado suficientemente, resulta de interés la obra publicada, inicialmente en *Página/12* y luego compilada como libro, de Josefina Ludmer, quien repasa la relación delito-literatura de esa época, “penetrada de arrogancia, de exonofobia, de sexismo y de racismo”.<sup>22</sup>

De entre los distintos trabajos que ejemplifica el fenómeno, mencionaré tres que, entiendo, tienen directa vinculación con el tema de este apartado. El primero es la obra de Eduardo Holmberg *La bolsa de huesos*, de 1896, que refiere al hombre de ciencia que “comete un delito amparado por una jurisprudencia propia, corporativa (no estatal) del grupo profesional científico: una jurisprudencia que está más allá de las leyes sociales”. El médico induce a “la bella criminal a tomar porción doble de la misma droga peruana desconocida por la ciencia que usó en sus asesinatos seriales de estudiantes

20. Tomo la cita del interesante estudio de Rabinovich Berkman, Ricardo, “La ley 26.378: un feliz golpe a los delirios eugenésicos”, en *La Ley*, Buenos Aires 2008-F-1195.

21. Soria, nota 20, pp. 4-5.

22. Ludmer, Josefina, *El cuerpo del delito. Un manual*, Eterna Cadencia Editora, Buenos Aires, 2011, p. 151.

de Medicina y que produce éxtasis seguido de muerte”. Su interlocutor lo interpela: “pero si se trata de un escándalo, de varios crímenes”. La respuesta es categórica: “No, señor; se trata de la aplicación de los principios generales de la medicina legal, que es una ciencia, y de demostrar que la ciencia puede conquistar todos los terrenos, porque ella es la llave maestra de la inteligencia. La ciencia conquistará al hombre, que no han conquistado aún la religión ni la política”.<sup>23</sup>

El segundo cuento pertenece a Horacio Quiroga, “El hombre artificial”, de 1910: “Un círculo intelectual de científicos [...] se encierra en un laboratorio de Buenos Aires ‘montado con los tipos más perfectos de máquinas e instrumentos que encargaron especialmente de Estados Unidos’ [...] para dar vida a una rata y después construir un hombre artificial”. Experimentan con “un hombre pobremente vestido, muy flaco, de semblante amarillento”, que perece, tras horribles tormentos, suerte que finalmente también corre su principal creador, quien siente la necesidad de experimentar en sí mismo, cayendo “destrozado por aquella abominable máquina de dolor que había creado con su genio”.<sup>24</sup>

El último relato pertenece a Juan José de Soiza Reilly, “La ciudad de los locos”, de 1914. Se trata de transformar al “loquito” Tartarín Moreira en “genio superhombre inyectándole fluido de un negro idiota”. “Después de una agradable sonrisa diabólica [...] escarbó con los dedos la nuca de la víctima”. El experimento fracasó pero su autor reflexiona: “¿Acaso el doctor Jenner no sacrificó también su propio hijo para legar al mundo el prodigioso invento de la vacunación?”. Y el testigo del procedimiento calla: “¡Los delitos de las ciencias escapan a las leyes...!”.<sup>25</sup>

Los textos reseñados son ilustrativos del clima de época que se vivía a fines del siglo XIX y principios del XX. Existía una marcada confianza en que los desarrollos de la ciencia permitirían el progreso no sólo material sino espiritual de la humanidad y que, en consecuencia, debían comprometerse todas las energías disponibles a tal fin. Pero la literatura que, se sabe, se nutre de la realidad, también se permite –y en ello estriba su gran tesoro– desfigurarla o amplificarla, anticipando, al mismo tiempo, los aciertos o

23. *Ibid.*, pp. 153-155.

24. *Ibid.*, p. 161.

25. *Ibid.*, pp. 162 y 165.

desvaríos del trajinar humano. Y en este último aspecto, los textos citados, consciente o inconscientemente, están alertando acerca de las consecuencias no deseadas del progreso científico sobre el ser humano al que, justamente, cuanto menos en sus orígenes, buscaba plenificar. Es, en definitiva, la decisiva pregunta sobre los *límites éticos de la ciencia* que la literatura, con la belleza y profundidad del relato que sobrevuela lo imaginario y lo real, interpela a la consciencia humana. Desgraciadamente, se trató del anuncio de lo que, algunas décadas después, iba a ser una trágica realidad, tal y como se vio en el régimen nacional-socialista alemán.

### **C. Los fundamentos dados por la comisión redactora del Senado**

1. En la sesión ordinaria del 23 de septiembre de 1920 se insertó el extenso y fundado “Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación”, relativo a la “Reforma del Código Penal”. Con la firma de J. V. González, E. del Valle Iberlucea y P. A. Garro, se señala que tras estudiar el proyecto originario del Poder Ejecutivo Nacional y “el venido en revisión de la H. Cámara de Diputados” en 1917, “aconseja la sanción de este último, con las modificaciones que se indican en el despacho”.<sup>26</sup> Así las cosas, al tratar “de los delitos y sus penas”, en el cap. XIX se lee: “En el art. 86 hemos propuesto el siguiente agregado: ‘El aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible;

1º- Si ha sido 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.

2º- Si el embarazo proviene de una violación de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto’.

26. Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 43<sup>a</sup> Reunión, 31<sup>a</sup> sesión ordinaria, Septiembre 23 de 1920, pp. 937 ss.

Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre no constituye delito.

*La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal.* Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de Derecho penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto del Código Penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda Comisión de peritos.

*‘Es la primera vez –agrega– que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de un mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado.’* Gautier comentando este artículo apunta ya que en el caso de incesto ‘se podrían añadir consideraciones de orden étnico’ y que cuando ‘el embarazo sea resultado de *un atentado cometido sin violencia contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia*’ podría argüirse, ‘más justamente aún que en caso de incesto, el *interés de la raza*. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?’ (Jiménez de Asúa, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, p. 206).

*El tema es seductor* y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el *dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental* y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. *El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia en 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norteamérica se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales.*

Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sintiéndose por esa medida según dijera Van Hamelt, una ‘repugnancia afectiva’, es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con

intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueran víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales”.<sup>27</sup>

Los párrafos destacados son, a mi ver, suficientemente ilustrativos del espíritu que animó la introducción del inciso. Como se dijo, la finalidad eugenésica del mismo fue asumida de modo casi unánime por la doctrina contemporánea al texto, como lo recuerda Jiménez de Asúa en, tal vez, el más completo estudio del documento y de sus antecedentes.<sup>28</sup>

Si me permití citar íntegramente el dictamen no fue para generar tedio en el lector, sino para procurar rebatir aseveraciones como la recién mencionada de Soler, por más que, como se lee en el comentario de Lucila Larrandart al Código Penal dirigido por Baigún/Zaffaroni, “esta posición no puede admitirse *en la actualidad* por implicar una concepción discriminatoria”<sup>29</sup> (énfasis añadido). Ciertamente, no puede ser de recibo hoy (pienso que tampoco debía serlo entonces), pero cuestión distinta es lo que el legislador dijo y quiso. En este apartado, lo que deseo señalar es exactamente esto último, por más que ello sea (más allá de toda temporalidad) “discriminatorio” o, con mayor propiedad, aberrante.

El dictamen, en efecto, afirma que es la primera vez que un legislador “se atreve” a “legitimar el aborto con un fin *eugenésico*” de modo de evitar que de una mujer idiota o enajenada “nazca un ser *anormal o degenerado*”. Añade que la doctrina y la legislación comparadas ya se ocupan de la

27. *Ibid.*, pp. 957-958. El énfasis en todos los casos se ha añadido.

28. Jiménez de Asúa, *op. cit.*, nota 9, pp. 986-987, escribe que “este número 2º fue siempre interpretado por mí como comprensivo del aborto sentimental (caso de violación) y del aborto eugénico (caso del “atentado al pudor” sobre una idiota o demente). Debo confesar que sin el parecer de Juan B. Ramos, me hallaría definitivamente solo en esa interpretación, ya que la casi unanimidad de los penalistas argentinos opina que el texto del Código sólo se refiere al segundo” (p. 986). Soler, *op. cit.* nota 9, p. 107, nota 54 señala que adhieren a esa interpretación histórica la opinión de Moreno, Gómez y González Roura (aun cuando los dos últimos sean partidarios, conceptualmente, del criterio amplio, tal y como lo señala en la nota 53). Empero, el jurista rosarino piensa que “no es muy ilustrativo el comentario con el cual la comisión del Senado fundó la extraordinaria iniciativa”, la que, a su juicio, “se explica con toda oscuridad”.

29. Larrandart, *op. cit.* nota 13, p. 859. En igual sentido: Donna, *op. cit.* nota 9, p. 89.

esterilización de “criminales” y de “enfermos mentales” y si bien reconoce que respecto de lo primero no existe un “consenso” afirmativo, “es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, *a los fines del perfeccionamiento de la raza*”. Y con cita del doctrinario suizo Gautier, menciona que cuando “el embarazo sea el resultado de un atentado cometido *sin violencia* contra una mujer idiota [...] podría argüirse más justamente aún que en caso de incesto, el *interés de la raza*”.

En verdad, resulta asombroso expresar que los párrafos citados sea de “toda oscuridad” y, aún más, conjeturar que la intención del legislador fuera otra que la eugenésica. Pero conviene profundizar el estudio de lo que el legislador tuvo a la vista, pensó y genuinamente quiso decir.

Como surge del dictamen, el texto se inspira en el proyecto suizo de 1916, el que aparentemente es conocido a través de una obra de 1918 del citado penalista español Luis Jiménez de Asúa mencionada en los fundamentos. Según escribe este autor, años después en el trabajo antes mencionado, en aquella obra que el legislador tuvo a la vista transcribió el inciso suizo como sigue: “...si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto”.<sup>30</sup> Parece claro, entonces, que el legislador europeo había previsto tres supuestos bien diferenciados (y no dos, como dice el voto de mayoría en el cit. consid. 18, *in fine*). Tiempo después, Soler precisa el motivo de la distinción: el anteproyecto helvético se inspira en el Código alemán, en el que, “a diferencia de lo que pasa con nuestro art. 119, que designa con la palabra *violación* a los tres casos que enumera, se emplean nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza, delito llamado *Notzucht* y para la violación de mujer idiota, delito al que se llama *Schändung*, palabra que, en realidad más que atentado al pudor quiere decir profanación”.<sup>31</sup>

30. Jiménez de Asúa, *op. cit.* nota 9, p. 987, nota 80.

31. Soler, *op. cit.* nota 9, p. 108. Como se ve, el sentido que asigna Soler a “*Schändung*” es el mismo que le atribuya la mayoría de la Corte en el consid. 18, párr. 9º, *in fine*. Dicha expresión puede tener, empero, varias traducciones. El reputado Diccionario bilingüe de Slaby, Grossmann e Illig, Herder, Barcelona, 1989, t. II, señala “deshonra”; “difamación” y, en tercer término, “profanación”. Respecto de una “muchacha” (*Mädchens*) traduce “violación” y, cuando habla de “estupro”, escribe “*Notzucht*”. La idea, en todos los casos, parece clara: es la “violación” de mujer incapaz.

Ahora bien: volviendo al origen de la cláusula, no convence la velada crítica que hace Soler a la traducción de “Schändung” como “atentado al pudor”. Por de pronto, no cabe inferir (muy por el contrario) que el legislador suizo ignorase o no comprendiese el significado de “Schändung”. Simplemente, para verter en lengua francesa ese concepto escogió una fórmula extensa, sumamente descriptiva, como pretendiendo enfatizar las características de ese tipo de “violación” cuyo fruto autoriza su cancelación. Y el Informe hace mérito de esta distinción cuando cita a Gautier quien, con toda claridad, refiere a que ese embarazo “sea el resultado de un atentado cometido *sin violencia*, contra una mujer idiota...”.

Así las cosas, el legislador argentino sigue, inicialmente, el contenido del anteproyecto suizo a la letra. Obsérvese, en primer término, que en el citado Informe, en el inciso bajo examen, no hay ni “coma” ni “conjunción” entre violación y atentado al pudor, figurando también el supuesto del incesto. Sin embargo, cuando la comisión transcribe la totalidad del Código, al llegar al art. 86 se lee, en cuanto aquí interesa: “si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto”.<sup>32</sup> Aquí sí se encuentra la “coma” entre “violación” y “de un atentado al pudor” con lo que se está en la versión francesa del anteproyecto suizo que el legislador conoció a través de Jiménez de Asúa.

2. Pero el artículo, más allá de su ambigüedad, tuvo un trámite que merece ser repasado con atención, no sólo porque no advertí que haya ocupado a la abundante doctrina que he consultado sobre el punto, sino porque su detalle *reafirma mi tesis de que la genuina voluntad del legislador histórico no fue otra que la de consagrar como causa única autorización legal del aborto, el producido por razones eugenésicas.*

En efecto, ni en la 44<sup>a</sup> reunión, del 25 de septiembre de 1920 (cfr. pp. 1166-1168), ni en la 36<sup>a</sup> Reunión del 27 de agosto de 1921 (cfr. pp. 309-320), al tratarse el proyecto de Código en la Cámara Alta, existen menciones al tema que aquí interesa. Sí se la encuentra en la 38<sup>a</sup> reunión (1<sup>o</sup>/9/21), en la que se lee: “modificar el inc. 2<sup>o</sup> en la forma siguiente: ‘si el embarazo

32. Congreso Nacional, *op. cit.* nota 27, p. 967.

proviene de una violación, o de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente. En este caso...” (p. 829), siguiendo el texto como se lo conoce hoy en día.

Se advierte que se añadió la célebre conjunción que tanto ruido habría de causar; que se redujo la caracterización de la mujer incapaz, abandonando la descripción que hacía el antecedente suizo por la más breve que tuvo consagración final y que se excluyó el supuesto de permisión del aborto por razón de “incesto”. Se está, pues, ante el texto definitivo y no puede pasarse por alto que, de *manera contemporánea*, se introdujeron dos modificaciones que vienen no sólo a desvirtuar completamente el anteproyecto europeo que había servido de base, sino que terminan por ubicar al texto argentino en el solo ámbito de la autorización del aborto “eugenésico”. Es verdad que se echa en falta alguna alusión a los cambios referidos y es cierto que la conjunción no resuelve pacíficamente el tema, pero el cambio es demasiado importante como para no extraer consecuencias de él, consecuencias que restringen considerablemente la interrupción del embarazo a un único supuesto lo cual, como se ha visto, guarda perfecta lógica con el sentido del Informe.

Así las cosas, vuelto el proyecto a la Cámara de Diputados, en la 51ª reunión (23/9/21), el texto que regula este inciso es idéntico al recién transcrito (p. 280) sin perjuicio de señalar que el extenso informe procedente del Senado y que se acompaña al debate, en el que se explican las modificaciones introducidas al proyecto llegado a esa cámara en revisión (cfr. pp. 287-293) no hace referencia alguna a la cuestión del aborto. En suma; no existen otros indicios para desentrañar la inteligencia del inciso que las del primigenio Informe de septiembre de 1920 y las sucesivas alteraciones semánticas de que da cuenta la versión oficial y, por tanto, auténtica, de ambas cámaras del Congreso Federal.

Nuevamente el proyecto en el Senado, en la 58ª reunión (30/9/21) la Cámara se ciñe a insistir en la redacción dada a ciertos artículos, entre los que tampoco se menciona el que aquí preocupa (cfr. pp. 749-751). Y, finalmente, tampoco hay referencias al tema en la 56ª reunión, del mismo día, de la Cámara de Diputados, en la que, mediante un trámite veloz, el diputado Ferreyra expresa que “es una sanción reclamada por una inmensa parte del pueblo y que representa una reforma trascendental en la legislación penal, que nos coloca a la cabeza de las naciones civilizadas” (p. 690), se aprueba la insistencia, quedando de tal modo definitivamente sancionado el Código.

3. Del derrotero transcrito, destaco como sustanciales las dos alteraciones procedentes del Senado el 1º de septiembre de 1921 en la que se incorpora la conjunción “o” y la exclusión de la causal de permisión del “incesto”, las que conducen –de la mano de los fundamentos explícitos del inciso, “primera regla de interpretación de las leyes”,<sup>33</sup> y de las consideraciones brindadas en el apartado anterior y las que se darán en el siguiente– a ceñir el inciso al aborto “eugenésico”. De esta manera, cabe concluir que si bien netamente influenciado por el proyecto helvético, el inciso 2º del art. 86 ni es una mala copia de aquél, ni un resultado extravagante a raíz de una sumatoria de desatinos. Antes bien, parece un genuino producto argentino, consecuencia de la voluntad de sus legisladores, en el marco de una cosmovisión bastante expandida en la época.<sup>34</sup> Y en ese contexto, no me parece relevante que de las cuatro caracterizaciones presentes en el anteproyecto suizo se mantengan las primeras dos, “idiota” y “demente”, dejando a un lado, con el correr del debate, las restantes (“inconsciente” e “incapaz de resistencia”).<sup>35</sup> En todos los casos, el sentido es claro: queda autorizado el aborto si la mujer es incapaz.

33. Cfr. las referencias dadas en la nota 18.

34. También Fontán Balestra (*Derecho Penal*, nota 9, *op. cit.*, p. 93) piensa que el texto se desprendió, finalmente, de su génesis, aunque por razones distintas a la que brindo en el cuerpo.

35. Jiménez de Asúa, en el trabajado más arriba citado no dice si, al mencionar el texto del anteproyecto suizo, lo transcribe, como hace en este último trabajo, también en alemán y en francés. No conozco, en consecuencia, la razón por la que en nuestro inciso se traduce “aliéné” como “demente” cuando, en la versión de Jiménez de Asúa aquella palabra se vierte como “enajenado”. Como es obvio, ambas versiones son correctas. Simplemente deseo dejar sentado que si el doctrinario español no transcribió el texto en francés, es posible que el legislador lo hubiera tenido a la mano por otra vía y que, a partir de ello, tradujo alienado como demente y no como enajenado. Que el legislador conocía el francés parece claro de las numerosas citas que realiza de obras escritas en esa lengua en el extenso “Informe” antes aludido. En el caso de González, esto es también muy perceptible. A mero título de ejemplo, remito al volumen IV de sus “Obras Completas”, Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina, Buenos Aires, 1935, y que se dedica a la Legislación de Minas, en la que las menciones a trabajos escritos en lengua francesa prácticamente pueblan cada página del libro. También considero importante señalar que, contrariamente, no parece que los legisladores conocieran la lengua alemana. No hay referencias a ella en el Informe ni tampoco las he encontrado en los consulados trabajos de González.

Y al respecto, cabe decir algo más: el legislador nacional lleva razón cuando dice que es la “primera vez” que se tiene el “atrevimiento” de avanzar sobre este tópico, porque el de Suiza fue un anteproyecto que, finalmente, no se concretó. El propio Jiménez de Asúa pone en boca del citado Gautier sus reservas sobre el alcance del precepto: “el inciso del Anteproyecto suizo de 1916 levantó recelo. Incluso el sosegado y ecuánime espíritu de Alfredo Gautier –que empezaba por reconocer una perfecta tendencia eugenésica en el aborto por razón de incesto o de atentado contra una mujer idiota o enajenada– halló motivos de inquietud, y acababa sentenciando que ‘bien considerado, parece que, a pesar de las precauciones tomadas, la disposición será más peligrosa que útil’”.<sup>36</sup>

¿Es sólo ese el único supuesto que tiene presente el legislador argentino? Acaba de decirse que su modelo consideró tres situaciones. En la versión antes citada del Informe aparecía en tercer lugar –al igual que en la suiza que cita Jiménez de Asúa–, el incesto. Entre sus fundamentos, apelando a Gautier, se dice que las razones por la que se incluye este supuesto son “de orden étnico” y, también, aunque en medida menor que el anterior supuesto, “raciales”. Y no se añaden otras consideraciones, ocurriendo que, con posterioridad, como se refirió, el legislador argentino excluyó dicha causal. Se ignoran los motivos. Acaso en la mente de los senadores latió el hecho de que se trataba de una práctica si bien esporádica, no infrecuente en la sociedad de la época. Pero más allá de esa conjetura, lo indudable es que ese supuesto que inicialmente integró el inciso, quedó finalmente excluido.<sup>37</sup>

Resta la exención de la discordia: la que autoriza el aborto con sustento en la violación de persona capaz. Como se dijo, la Corte piensa que la voz “violación” a secas autoriza arribar a la conclusión a la que llega. Se han

36. Jiménez de Asúa, *op. cit.* nota 9, p. 985.

37. Es interesante la observación de Fontán Balestra (*Derecho Penal, op. cit.* nota 9, p. 95) –para abonar su tesis amplia del inciso– cuando expresa que “de haberse mantenido el incesto y tener éste un tipo delictivo correspondiente en nuestra ley, ¿se habría requerido, también, que la víctima fuera mujer idiota o demente para que fuera procedente en el caso del beneficio del inciso 2º del art. 86?” Pero también cabe la conclusión contradictoria ya señalada: el legislador abandonó este supuesto porque, justamente, no consideraba que atendiera al propósito eugenésico que animaba al texto, sino a uno más bien “étnico” (con Gautier) que por tener cierta virtualidad en la sociedad de entonces no justificaba su inclusión.

señalado los inconvenientes gramaticales y sistemáticos que tornan insegura tal conclusión. Si éstos persistieran, tengo para mí que el Informe los despeja. ¿Por qué? Simplemente, porque no se encontrará una sola referencia al supuesto. El punto es aún más claro que respecto del incesto, causal a la que apenas se alude en el Informe. Por el contrario, no hay ni una sola mención al punto bajo examen en los fundamentos y si bien se halla la palabra en el inciso, la conjunción “o” incorporada posteriormente está diciendo *algo* que guarda relación con la exposición de motivos y que no se incorporó de la noche a la mañana, sino al año de presentado el primigenio Informe. Y si se pensara que la alteración del 1º de septiembre de 1921 nada está queriendo decir, ella no autoriza, por las ya dichas consideraciones semánticas, a independizar violación de atentado al pudor. Si se atiende al espíritu del legislador, no cabe arribar a otra conclusión ya que el dictamen, en el aspecto bajo tratamiento, sólo se ocupa del aborto por razón de eugenesia. Es, además, lo lógico: si se hubiera pretendido introducir una causal como la que extrae la Corte en el fallo bajo comentario, dada su relevancia y novedad, habría merecido alguna consideración suplementaria. De ahí que más allá de las críticas (por momentos sumamente duras<sup>38</sup> y, *en parte*, no desprovistas de razón) que la redacción del documento le originó a la Comisión, no cabe presumir una imprevisión o inconsecuencia tan palpable, para decirlo en el lenguaje de la propia Corte,<sup>39</sup> máxime si no puede discutirse la categoría intelectual de sus integrantes, en especial de González y de Del Valle Iberlucea.<sup>40</sup>

Por último, tampoco convence el argumento de Jiménez de Asúa de que la exposición de motivos no se ciñe exclusivamente al aborto eugenésico, sino que se extiende al supuesto amplio, conocido como “sentimental” en la medida en que hace referencia al caso de las violaciones perpetradas por soldados “ebrios, desenfrenados o criminales” sobre mujeres belgas durante

38. Es el caso de Morisot y Ramos, a quienes cita Jiménez de Asúa cuando dice (nota 9, p. 987): “El error proviene de que la Comisión del Senado transcribió el texto suizo sin notar la redundancia que significa dentro de nuestra ley. ‘Es lo que les sucede, dice Ramos, a los que copian sin saber lo que copian’”. También es muy crítico Buompadre, *op. cit.* nota 9, p. 205.

39. Fallos: 258:75; 295:439; 297:218; 316:2624, entre muchos otros.

40. Cfr. al respecto los datos que suministra Soria, nota 20, pp. 18-23.

la primera guerra mundial, mujeres éstas que no eran idiotas.<sup>41</sup> Repárese que se está ante un ejemplo expuesto a guisa de conclusión y que, en rigor, se agota en sí mismo, por lo que no cabe extraer de él la conclusión que pretende obtener el ilustre penalista. De nuevo: si el legislador hubiera querido prever la no punibilidad del aborto “sentimental”, debería haber dedicado alguna reflexión al asunto, lo que no es, ciertamente, el ejemplo recién citado. Por lo demás, obsérvese que la última calificación de los soldados (“criminales”) fue expresamente considerada por el dictamen al señalar que alguna doctrina y creciente legislación se estaba ocupando del asunto al sugerir o adoptar medidas de esterilización. Y, a su vez, la segunda característica (“desenfrenados”) se acerca, conceptualmente, a este último concepto.

En suma, pienso que toda la fundamentación del inciso, tanto por la extensión cuanto por la densidad de sus argumentos, se destina a justificar la impunidad del aborto con sustento en la necesidad de mejorar la raza, sin que la mención al caso de las mujeres belgas permita extraer cuanto menos una consecuencia *implícita* de que bajo ese ejemplo se buscaba justificar otro supuesto de exclusión de punibilidad del aborto y, como se señaló, de tanta trascendencia.

#### **D. El pensamiento de Joaquín V. González sobre el tema**

En el Informe se citó un pasaje que, entiendo, no debe quedar desapercibido: se dice que “el tema es seductor” y que la “eugénica [...] *reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental*” (énfasis añadido). ¿De quién o quiénes se trata? El citado trabajo de Eduardo Soria se ocupa de Joaquín V. González, de quien exhuma algunas reflexiones vertidas en “Patria y Democracia” y publicadas en el volumen XI de sus ya mencionadas “Obras Completas”. Para el notable riojano “desde la *incipiente eugénica* hasta la más generosa política internacional, se reconoce y respeta como inviolable para cada nación, la libertad de buscar por todos los medios a su alcance, dentro de las leyes comunes a todos, la realización, o los cambios para llegar a realizar la *selección de sus elementos raciales o nacionales*”. Se debe, entonces, generar una “política” que propenda tanto al “aumento de los factores útiles como de eliminación de los

41. Jiménez de Asúa, *op. cit.* nota 9, p. 988.

inútiles, ineficaces, peligrosos o incapaces para contribuir al *fin supremo y vital de la selección*. Es lo que en los reinos de eugénica y de la sociología se denomina *eliminación de los ineptos*". Más precisamente, dicha política debe apuntalar a la "preservación de la especie humana y *mejoramiento de la raza propia*, por el estímulo y facilidad de las uniones sanas y fecundas, la incorporación migratoria de las *mejores razas europeas*, y la prohibición, *forma de impedimentos absolutos, para las uniones matrimoniales entre personas enfermas de males trasmisibles a la descendencia*; y si aún los indicativos eugenésicos son inaplicables, por lo menos pensar en *medios esterilizantes* contra la propagación de los gérmenes de la degeneración de la familia, como núcleo social originario".<sup>42</sup>

Los textos citados no dan margen a la duda: González adscribió a la filosofía dominante en su época y seguramente consideró la reforma del Código Penal como una oportunidad propicia para introducir dichas ideas a través de algunas de las soluciones legales. El Informe da expresa cuenta del entusiasmo que esta nueva ciencia suscitaba en la intelectualidad de entonces y, si bien descarta algunas variantes entonces adoptadas, entiende que otras deben implementarse en pos del "perfeccionamiento de la raza", tal la del inciso bajo examen.

## E. Síntesis

Pienso que el análisis precedentemente seguido permite echar suficiente luz sobre el genuino sentido del art. 86, inc. 2º del Código Penal. Éste es inseguro desde la sintaxis del documento y, aun, desde el esfuerzo de armonización del inciso dentro del artículo y junto con otros textos del Código. De ahí que considero que se hace preciso ir a la *mens legislatoris* –también fuente principalísima para desentrañar el sentido de las normas, según inveterada jurisprudencia de la Corte que, empero, no es objeto de análisis en el fallo– y, a ello, en razón de la relevancia del tema, he añadido el análisis del contexto intelectual que da vida al inciso y el pensamiento filosófico de su figura más relevante en lo concerniente al tema de estudio. A mi ver, estos últimos pasos son determinantes para moverse con algo más de comodidad en un territorio, de suyo, muy controvertido y al que la redacción del documento

42. Soria, *op. cit.* nota 20, pp. 22-23.

no contribuyó en lo más mínimo. Si mi indagación no es desacertada, considero que el camino seguido está en condiciones de señalar que la conclusión a la que arriba la Corte (expresa e implícitamente, según se tome el voto de mayoría y los dos votos concurrentes), se resiente de objeciones que deben atenderse en orden a obtener una interpretación más genuina de este tan trajinado inciso que, es claro, y como diré en las conclusiones, exige una pronta y radical reforma.

*La interpretación de los derechos fundamentales,  
según la Constitución y la Corte Suprema*

¿Cuál es la tradición argumentativa de la Corte en materia de interpretación de derechos constitucionales? Brevemente, la Constitución en sus arts. 28, 14 y 75, inc. 22 establece la tesis de que los derechos (ni siquiera los fundamentales) no son absolutos. En efecto; atenta la coexistencia social, se impone su reglamentación y las leyes que se ocupan de tal tarea “no podrán alterarlos”, idea que seguramente se tomó del Proyecto de Alberdi que, de modo muy claro, escribía en su art. 20 que “el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia”.<sup>43</sup> Ante ello, corresponde una interpretación “armónica” o “sistemática” de los derechos, al punto que los incorporados en los tratados a los que en 1994 el constituyente asignó jerarquía suprema “deben entenderse complementarios” de los reconocidos en la primera parte del documento. Sobre estas bases, la jurisprudencia del Alto Tribunal elaboró a lo largo de su historia una consolidada doctrina que, también en apretada síntesis, se especifica como sigue. Por de pronto, a propósito de la interpretación de las leyes o reglas infraconstitucionales entre sí, se ha dicho que “en la tarea de investigar las leyes debe evitarse darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deja a todas

43. Alberdi, Juan B., *Las Bases*, La Facultad, Buenos Aires, 1915, p. 273. Cfr. al respecto Toller, Fernando, “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos de derechos constitucionales”, en *Anuario de Derecho*, Universidad Austral, 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 235. Más ampliamente sobre este asunto, cfr. Serna, Pedro/Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, *passim*.

con valor y efecto”.<sup>44</sup> A su vez, en relación con las normas de la ley Suprema, luego de puntualizar que ésta es un conjunto armónico, ha señalado que “los derechos fundados en cualquiera de sus cláusulas tienen igual jerarquía y que la interpretación debe armonizarlas, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales”.<sup>45</sup> De ahí que, a juicio del Alto Tribunal, ha de “rechazarse toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional –para tener vigencia– requiere, inevitablemente, la sustancial aniquilación de otro”.<sup>46</sup> De manera más reciente, el Tribunal –seguramente inspirado en las enseñanzas de Alexy–<sup>47</sup> afirmó que “los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible. Cuando un principio colisiona con otro de igual rango, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica”.<sup>48</sup>

### *La interpretación constitucional del caso*

#### *El punto de vista de la mayoría*

1. Se examinará, en primer término, el voto de la mayoría. Éste arriba a la “interpretación amplia” del inciso a través de una segunda línea de argumentación: la “armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común” (consid. 8º). De esta manera, procura

44. Fallos: 1:300; 190:571; 320:1962, sus citas y muchos otros.

45. Fallos: 255:293; 264:94; 272:231, entre otros.

46. Fallos: 251:87, sus citas y muchos otros.

47. Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988, esp. p. 143.

48. Fallos: 332:1867, causa “Gualiteri Rugone de Prieto, Emma s/sustracción de menores de 10 años”, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 10. En la misma causa, la jueza Highton, tras recordar, con cita de abundante jurisprudencia, que los derechos constitucionales, “lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí”, señala, en terminología que recuerda a Atienza, que en ese trance “se hace necesario encontrar un punto de equilibrio” (consids. 11 y 15). El interesante trabajo de Atienza dedicado a este tema es “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 27,1989.

desvirtuar el agravio deducido por el defensor del *nasciturus*, para quien, con la exégesis dada por el *a quo* al inciso –semejante a la que a la postre adopta la Corte– “se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción” (consid. 3°).<sup>49</sup> Para el Alto Tribunal, se hace “necesario y oportuno responder” a dicha queja “desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado...” y “de otras normas y principios de igual jerarquía” (consid. 7°).

2. La señalada construcción argumental principia con la referencia al art. 75, inc. 23 de la Constitución. Se dice que de éste “resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula la recurrente” (consid. 9°, pr.). Para empezar, considero que ambas argumentaciones (defensa y voto de mayoría) se sitúan en ámbitos distintos por lo que es lógicamente imposible una recíproca refutación. En efecto; la mayoría acierta en que esa norma –y las que se citarán– nada dicen sobre los supuestos de permisión del aborto. Pero eso no roza la tesis de la defensa que transita por otro ámbito: para ella, la interpretación amplia del inciso deja inoperante al elenco de normas que invoca. De ahí que si es irreprochable que el inciso 23 tuvo por objeto “dictar un marco normativo específico de seguridad social y *no uno punitivo*”, por lo que “de esta norma nada se puede derivar para definir, *en el sentido que se propugna*, la cuestión relativa a los abortos no punibles” (consid. cit., 2° párr.), también lo es lo que afirma la defensa: existe la manda de dictar tal marco normativo *porque* hay un ánimo de defensa de la vida desde la concepción que no puede ser silenciado. La argumentación

49. La argumentación de la defensa, según se desprende de los votos de los jueces Argibay y Petracchi parece incluir otros aspectos complementarios a lo expuesto en el cuerpo y que enriquecen su perspectiva, en línea con lo que surge de la Constitución y de la exégesis de la Corte, según se verá en seguida. Así, se lee que “el esquema de fundamentación” se asienta en (1) “alegar la vulneración al derecho a la vida del feto”; (2) “...la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone” y (3) “...el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (v. gr., asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar...)” (consid. 13, 2° párr., *in fine*, voto de la jueza Argibay, y 10, *in fine*, voto del juez Petracchi).

de la recurrente está, pues, en un ámbito *previo* al del voto mayoritario: sugiere que si hay un programa de seguridad social “especial e integral” *desde* el embarazo (y que, *a fortiori*, se extiende a la madre “durante” el período de gestación “y el tiempo de lactancia”) es porque el constituyente piensa que hay derecho a la vida *desde la concepción* que justifica el dictado de tal “régimen”. Y si en ninguna parte de este razonamiento entra la cuestión punitiva, ello se debe, sencillamente, a que ésta no tiene cabida en un régimen de seguridad social. El punto aquí es uno *anterior*: ¿hay derecho a la vida desde la concepción? Y si la respuesta –textos constitucionales e infraconstitucionales en la mano– fuera afirmativa, *recién entonces* cabe responder si, no obstante lo anterior, se está, ante una hipótesis permisiva de aborto.

3. La señalada omisión que reprocho a la mayoría se reitera en el examen de las restantes consideraciones. Las trato brevemente. Es verdad que en la Convención Constituyente de 1994 no se pretendió “limitar el alcance” del inciso bajo examen (consid. cit., párr. 3°), lo que es lógico porque cláusulas como la del inciso en cuestión no tienen prosapia constitucional sino que deben reservarse al exclusivo ámbito penal, pero sí lo es, como agrega el Alto Tribunal, que “se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida” y que derivó, entre otras consecuencias, en el dictado del señalado inc. 23. Y éste es el punto que no cabe pasar por alto: ese debate y la consecuencia de éste (el dictado de un régimen especial e integral en favor del niño desamparado desde el embarazo, sobre el que más adelante se volverá). Situados en dicho horizonte, recién entonces cabe avanzar sobre las causales de exención de punibilidad del aborto.

De igual modo, es cierto que de las previsiones de los arts. 1, 3 y 4 del Pacto de San José de Costa Rica “no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del art. 86, inc. 2° del Código Penal” (consid. 10, párr. 1°). De nuevo: ni las constituciones ni las convenciones prevén normas de tal índole. Pero la Convención Americana dice mucho sobre el tema bajo examen que merece ser tenido en cuenta: su art. 4, inc. 1° prevé que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida [...], en general, a partir del momento de la concepción”, norma que mereció, como señala el voto y no podía ser de otro modo, un vivo debate entre sus redactores. Empero, el contenido de ese texto es inusualmente más preciso que los artículos de otras convenciones que tratan de la protección de

la vida, por lo que algo importante está diciendo: que la vida principia, en general, desde la concepción.<sup>50</sup> Y si bien la matización “en general” restringe el contenido de “concepción” –por lo que es correcto que dicho artículo “no quiso establecer una protección *absoluta* del derecho a la vida” (énfasis añadido), en línea con la consolidada doctrina mencionada en el punto anterior–, no lo es menos que el *iter* argumentativo seguido por la mayoría de la Corte omite un paso imprescindible para obtener la adecuada decisión del asunto que, se reitera, puede ser coincidente con el que arribó el tribunal.

Cuanto se ha dicho respecto de las normas del Pacto se aplica a las de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de las que se ocupa el voto en el consid. 11. Y otro tanto cabe señalar de lo que se dice del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el consid. 12. El contenido de este precepto, con todo, merece atención: “nadie podrá ser privado de la vida *arbitrariamente*” (énfasis añadido). Este último requerimiento está exigiendo una fundamentación *suplementaria* si de la cancelación de la vida se trata, la que, es claro, no se cubre con la mera alusión al parecer de los Comités de Derechos Humanos y de los Derechos del Niño “relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación” (consid. 12, 2° párr.).

Tampoco convence la exégesis del art. 2° de la ley 23.849. El voto dice que éste “no constituye una reserva” (consid. cit., párr. 4°) y está en lo cierto. La mera lectura de la norma dice que es una “declaración interpretativa” adoptada, por lo demás, por unanimidad de ambas cámaras del Congreso Federal. Pero si bien, técnicamente, desde el punto de vista del derecho internacional público no es lo mismo una reserva que una declaración interpretativa, en cuanto aquí interesa tal distinción se diluye por completo porque, como dice la Corte adecuadamente, la Convención rige “en los términos del art. 75, inc. 22”, es decir –agrego repitiendo el texto constitucional–, “en las condiciones de su vigencia”, lo que implica señalar que *rige tal y como nuestro país se ha obligado internacionalmente al momento de depositar el instrumento de que se trate*. De ahí que si la Argentina queda compelida en los términos

50. Este texto debe vincularse con el inc. 5° del citado art. 4 que prohíbe la aplicación de la pena de muerte “a las mujeres en estado de gravidez”, lo que es muy elocuente: aún en la lógica –que no comparto– de la pena de muerte ¿se extiende la pena de la madre al *nasciturus*? Es claro que no, justamente porque se está ante otro ser humano que no ha delinquido y, por tanto, que merece toda la protección del ordenamiento jurídico.

de la mentada ley, es justamente esa declaración la que corresponde evaluar, la cual tiene una relevancia no menor, tanto más cuanto que en 1994 el documento fue elevado a jerarquía constitucional. En efecto, afirmar que niño es “todo ser humano desde el momento de su concepción”, además de más enfático que lo que dispone el citado art. 4° del Pacto de San José, dota al *nasciturus* de una aureola de protección por una norma de máxima jerarquía que no puede menospreciarse. Eso no significa, como se viene señalando, que al cabo del examen de ponderación de derechos su suerte no sea adversa. Pero tal aureola exige asumir ese camino, no soslayarlo.

4. Como vengo diciendo, no advierto en la “construcción argumental” de la mayoría de la Corte ninguna mención al *nasciturus* y, menos, a su *status* constitucional, ni siquiera en el segmento de esa construcción en el que se advierten las mejores razones en favor de su postura. En efecto; en el consid. 15, con sustento en “el principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación”, considera que “reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una *distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito* [...] por no responder a ningún criterio válido de diferenciación...”. Y añade, “...aceptar una interpretación restringida de la norma en trato [...] no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las *víctimas de violencia sexual*...”. A su vez, en el consid. 16, con arreglo al “principio que consagra [a las personas] como un *fin en sí* mismas y proscrib[e] tratarlas utilitariamente”, entiende que debe admitirse la exégesis amplia del inciso ya que “la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, *desproporcionada*”.

En efecto; resulta incuestionable que no cabe establecer distinguos entre víctimas de delitos sexuales fundados en la capacidad o incapacidad de aquellas. Todas –con entera prescindencia de sus “accidentes”, basados en la raza, el sexo, las diferencias físicas o, en cuanto aquí interesa, el uso o no de razón– son personas y, por tanto, sustancialmente iguales. Desde ese plano, un delito sin dudas aberrante como lo es la violación que, *además*, se sigue de embarazo, transforma a todas esas personas en sujetos que el

ordenamiento jurídico debe proteger por igual.<sup>51</sup> Pero el problema estriba en que, como consecuencia de tal delito, ha ingresado a la escena un tercero, ajeno a la relación víctima-victimario y acreedor, en tanto que persona, de todos los derechos que discierne el mencionado ordenamiento. Desde esta perspectiva, coincido con la Corte en que cabe privilegiar la interpretación legal que “más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (consid. 17) a condición de que tal exégesis lo sea *tanto para la madre como para el feto*. En ese sentido, quizá la cita de Carlos Nino del consid. 16 *in fine* abra el camino que reclamo cuando afirma que el delito bajo tratamiento impide exigir a las personas que realicen sacrificios apreciables en beneficio de *otras personas* o de un bien colectivo. Se trata de la única vez que el voto menciona a “otras” personas por las que la mujer violada y embarazada pudiera eventualmente asumir algún sacrificio al cabo del proceso de ponderación de títulos jurídicos que exige la directriz sistemática o armónica de la comprensión de los derechos. Y dentro de esas personas, como es obvio, ocupa un lugar central el status del *nasciturus*, ese *otro* que está ahí y que es, además, absolutamente inocente en la tragedia que se vive. Por ende, mi crítica al voto de mayoría –en este tramo de la argumentación– no se centra en si la mujer es o no capaz, por cuanto aquí es decisiva la *violación seguida de embarazo*, el que comprende a ambos casos. En ese punto el razonamiento del fallo es inapelable. La crítica se funda en lo que el tribunal no dice: qué consideración cabe al *nasciturus* y de qué manera resulta posible (*si alguna*) garantizar sus derechos *junto con* los de la madre.

## **B. La perspectiva de la defensa y de los jueces Argibay y Petracchi**

1. Por de pronto, tengo para mí que el constituyente, en línea con la conocida tradición infraconstitucional de nuestro ordenamiento jurídico,<sup>52</sup> entiende que hay vida desde la concepción, al extremo, entre otras

51. Se trata de un tópico incontestado, como lo recuerda Cicerón cuando, en *Las Leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970 (del latín por A. D' Ors), p. 123, escribe: “aunque cuando Tarquinio reinaba no había en Roma ley escrita alguna contra la violación, no por eso dejó de cometerla Sexto Tarquinio sobre Lucrecia”.

52. Cfr. arts. 51; 70 y su nota y 72, Cód. Civ., entre otros.

consecuencias, que debe dictarse un régimen especial e integral en defensa de ella. Y es a partir de esa proposición que razonan la recurrente y los votos de los jueces Argibay y Petracchi.

En efecto, con la salvedad de pocas palabras, el argumento de ambos magistrados es semejante, por lo que transcribo, por comodidad, el de la Ministra Argibay: "...aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses", a saber, "...el derecho a la vida de la persona por nacer..." y "...la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación...".<sup>53</sup>

Conviene reparar en los términos empleados: se trata de un "severo conflicto de intereses". "Severo", es decir, sumamente acusado y grave; "de intereses", en plural, ya que convoca, cuanto menos, a dos derechos de rango análogo. No se está, pues, ante un caso "fácil" –para seguir la conocida terminología de Dworkin–<sup>54</sup> en el que, en definitiva, sólo hay un derecho en juego, tal y como parece ser la idea que se infiere del voto de mayoría. Por el contrario, se está ante un asunto complejo; uno de esos casos "difíciles" que exigen ponderar con suma prudencia el contenido de los bienes jurídicos que se dan cita en cada circunstancia a fin de garantizarlos, en la mayor medida posible, y con el riesgo de que si ello no es factible, se derivará, como escribe Atienza, no ya hacia un escenario que admite diversas "alternativas", sino hacia otro que plantea un "dilema": o uno u otro derecho. En este supuesto, se está ante un caso "trágico", por cuanto no es dable obtener un equilibrio ni "óptimo", ni "mínimo" entre ambos derechos.<sup>55</sup>

2. Considero que la metodología seguida por los dos votos concurrentes es la que se compadece con la Constitución y la inveterada jurisprudencia del Alto Tribunal. Pero el razonamiento no concluye allí. Antes bien; recién ha comenzado. Así las cosas, admitida la existencia de dos derechos,

53. Voto de la jueza Argibay, consid. 13, pr. Esta idea se reitera permanentemente. Así, en el segundo párr. de ese consid. se memora la "extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los *derechos del nasciturus*..."; al final de ese considerando se alude a la "la valoración de los *intereses en juego*", en tanto que en el consid. 14, párr. 3º, remite a la "ponderación de los *intereses en conflicto*" (énfasis añadido). Son semejantes las expresiones que surgen de los consid. 9º, 10 y 11 del voto del juez Petracchi.

54. Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1987, 5º, pp. 14 ss.

55. Atienza, nota 48, pp. 97-101.

corresponde adentrarse en la siguiente pregunta, ya de carácter sustancial: ¿debe vivir el *nasciturus* consecuencia de una violación, sin que sea relevante si la víctima es una persona capaz o incapaz?<sup>56</sup> Se abre aquí el camino de la ponderación de esos derechos de jerarquía superior y análoga. Al respecto, los magistrados concurrentes razonan que cabe asumir “la afectación de la persona por nacer y *contrapesando* ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna...”.<sup>57</sup>

3. Pues bien; llegados a este punto, obsérvese el modo de ponderar que propicia la defensa del *nasciturus*, tal y como lo refieren los jueces Argibay y Petracchi. Según infiero de sus votos, la argumentación podría dividirse en tres partes. En primer lugar, interpreta que la “interrupción del embarazo sólo” procedería, contrariamente a lo que argumenta el superior tribunal provincial, “en los casos de violación de una mujer ‘idiota o demente’” (consid. 5º, *in fine*, voto de la jueza Argibay). En segundo término, parecería considerarse que, a fin de no dejar inoperativa la norma que postula el derecho a la vida desde la concepción, la interpretación del inciso de referencia “ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo ‘y de enorme dramatismo’ los casos subsumibles en ellos” (consid. cit., párr. 4º). Este último aspecto conlleva al tema de la ponderación, que es el que me interesa destacar. Según refiere la jueza citada, para la defensa “la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad *menor* de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de *medidas alternativas* (v. gr., asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo)” (consid. 13, *in fine*, énfasis añadido).<sup>58</sup>

La argumentación en este último segmento es clara: la norma permisiva cancela definitivamente una vida y, con ello, cercena todos los derechos

56. Conforme he señalado *ex profeso*, dicha ponderación no repara en los “accidentes” de las personas: siguiendo la doctrina del citado art. 51 del Cód. Civ., sean apenas microscópicos o padezcan severas disminuciones mentales, en todos los casos se trata de seres humanos dignos en los términos de nuestra Constitución y de las convenciones incorporadas con ese rango en 1994.

57. Voto de la jueza Argibay, consid. 13, énfasis añadido.

58. El voto del juez Petracchi coincide prácticamente en un todo con la relación expuesta en el cuerpo. Cfr., consids. 5º; 8º y 10.

que le son inherentes. Frente a ello, la afectación de los derechos de la madre resultarían menores y podrían suplirse a través de medidas alternativas que, al tiempo que aspiran a garantizar –en la mayor medida de lo posible– los derechos que resultan afectados en la madre a raíz del ilícito (integridad física y psicológica; salud; etc.), permiten, también, salvaguardar el derecho a la vida del *nasciturus*, ajeno, como se dijo, a la tragedia que experimenta la víctima. En términos de Alexy, la defensa propone aplicar –dentro del principio de proporcionalidad–, el subprincipio de “necesidad”, que postula adoptar, para decirlo en palabras del Tribunal Constitucional español, “la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos”.<sup>59</sup>

4. Repárese ahora en la respuesta de los votos concurrentes. Al primer argumento de la defensa, la jueza Argibay responde –no se ocupa del tema el juez Petracchi–, señalando que “está fuera del marco de decisión de esta instancia federal la revisión del modo en que el tribunal provincial ha interpretado el art. 86, inciso 2º, del Cód. Penal” por ser ésta una norma de derecho común (consid. 10). Empero, ambos jueces consideran que “corresponde resolver si tal interpretación se halla o no en conflicto con las disposiciones constitucionales” (consid. 10 del voto de la jueza Argibay y 8º del voto del juez Petracchi), lo que entienden que no es así a la luz de la deficiente prueba aportada por la recurrente a tal fin.

Escriben los jueces: “se invoca *unilateralmente* la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se *omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto [...]* Al sesgar de este modo su argumentación se **ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación** del art. 86.2, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna **contraria a la que fuera previamente definida por el legislador**” (consid. 13 del voto de la jueza Argibay y 9º del voto

59. STC, sent. 178/1989, citado por Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 79. Esto conduce, como explica Alexy, “Sistema...”, *op. cit.* nota 47, p. 147, a la formulación de la “ley de ponderación”, según la cual “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor deber la importancia del cumplimiento del otro”.

del juez Petracchi). Y profundizan: “...en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida *omite desarrollar* [...] un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a *continuar forzosamente con el embarazo* que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, *no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que* demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (**invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador**) *resultaba incorrecta*” (voto de la jueza Argibay, consid. 13, párr. 4°; voto del juez Petracchi, consid. 11, la *cursiva* y la **negrita** se han añadido).

De los textos que he puesto *en cursiva* parece inferirse que si la defensa hubiera persuasivamente probado que los derechos de la madre podrían haberse satisfecho suficientemente, sin necesidad de recurrir a la alternativa extrema del aborto, su postura podría haber resultado acogida. El razonamiento transcrito, en definitiva, no es sino el cabal empleo de la técnica de la “ponderación” de los derechos, de modo que, para decirlo con Alexy, la tensión entre principios se resuelve a través del establecimiento entre ellos de una “relación de precedencia condicionada”, la cual consiste en que “tomando en cuenta las circunstancias del caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.<sup>60</sup> Aplicadas estas ideas al caso bajo comentario, la propuesta de la recurrente no resultaba consistente a la luz de las circunstancias de la causa, por lo que no era posible brindar una solución que, en los términos ya mencionados de Atienza, proporcione cuanto menos un “equilibrio mínimo” a los derechos en juego.

Existe, sin embargo, un implícito en el razonamiento de los jueces que podría desvirtuar la precedente consideración. Son los extremos que he puesto **en negrita** en los dos párrafos precedentes y que dan por no cuestionable constitucionalmente la interpretación amplia del inciso 2° que brinda el tribunal provincial (confr. consid. 13, párr. 1°, *in fine*, y párr. 3°, *in fine* del voto de la jueza Argibay; consid. 8°, pr. del voto del juez Petracchi).

60. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimpr. 1977 (del alemán por E. Garzón Valdés), pp. 91-92.

En efecto; asumir por cierto el “esquema de preponderancia fijado por el legislador”, según la exégesis que brinda el *a quo*, entraña, en los hechos, transformar en una *regla* lo que antes se asumía como un “severo conflicto de intereses”, esto es, como una delicada tensión de *principios*. Y si bien ese camino es inevitable cuando se emplean “autorizaciones legales” o “reglas de justificación”, como dice Núñez<sup>61</sup> (o una “cláusula de excepción”, como señala Alexy),<sup>62</sup> me parece controvertido hacerlo a partir del inciso en cuestión, ya que si el razonamiento que he realizado *supra* II está en lo cierto, cabe concluir que la interpretación dada por el tribunal provincial –que los mencionados jueces de la Corte no controvierten– no resulta acertada.

5. Llegados a este punto, ambos votos afirman, sin ambages, que se está ante un caso “trágico”. En efecto, en el 2º párr. del consid. 13 escribe la jueza Argibay que la defensa “desdeña la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró *no evitable de otro modo que afectando* los derechos del *nasciturus*...” (cfr., asimismo, consid. 10 del voto del juez Petracchi). Empero, el voto de la jueza ahonda en este trascendental asunto. Así, en el consid. 14, párr. 1º agrega que “una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo *únicamente puede ser conjurado a costa* de la afectación del interés legítimo de un tercero. *Sólo* en consideración de este contexto específico es que el legislador *acepta como socialmente soportable* una conducta que *en sí* aprecia como prohibida”.

Es difícil hallar una síntesis más pertinente de un ejemplo de caso “trágico” que los párrafos recién transcritos. Éstos reconocen que no es posible garantizar uno de los derechos en juego no ya en toda su dimensión (“equilibrio óptimo”), ni tampoco en la mayor medida de lo posible (“equilibrio mínimo”), sino de ninguna manera. Se está, pues, ante un “dilema” porque la *abdicación* de *cualquiera* de los derechos en juego en todos los casos concretos constituye un *retroceso para la teoría de los derechos humanos* estructurada sobre el presupuesto de que las personas son “fines en

61. Núñez, *op. cit.* nota 9, pp. 390-391.

62. Alexy, *Teoría...*, *op. cit.* nota 61, pp. 89 ss.

sí mismos” y que, por tanto, jamás pueden ser “medios” o hallarse en función de los demás.<sup>63</sup>

6. Ahora bien: ¿quién determina cuáles derechos, bajo ciertas condiciones, han de ser sacrificados en aras de salvaguardar otros? Las sociedades democráticas contemporáneas, fundadas en el moderno concepto de “división de poderes”, han considerado que tan problemática determinación no puede quedar reservada a la discrecionalidad de cada juzgador, sino que debe ser la consecuencia de una decisión emanada del Poder Legislativo en tanto portavoz privilegiado de la voluntad popular. Ambos jueces se hace eco de esta apreciación. La jueza Argibay, en el más arriba citado consid. 14, párr. 1º, añadiendo en el siguiente párr. 2º que “como bien lo advierte el superior tribunal local, la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa legislativa es competencia exclusiva del Poder Legislativo” (cfr., asimismo, consid. cit., párr. 3º, *in fine*). En cuanto al juez Petracchi, obsérvese el consid. 9º, *in fine* y, especialmente, el ya citado consid. 10 cuando señala que se está ante una situación extremadamente conflictiva “que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*...”.

Coincido con esta respuesta pero, de inmediato me asalta el cuestionamiento anteriormente señalado: la vigorosa apreciación de que –para decirlo con palabras de Argibay– el legislador *sólo* excepciona una conducta que aprecia, *en sí*, como prohibida, se funda en el implícito de que aquél ha *efectivamente querido* que a *toda* mujer víctima de un delito de índole sexual del que se deriva su embarazo se le autoriza llevar adelante un aborto. Como anticipé, es precisamente ese punto de partida el que no me parece firme, con sustento en lo dicho *supra* II, *por lo que la consideración “socialmente soportable” de una conducta de suyo reprochable sólo hallará fundamento sobre una norma que no puede ser el inciso 2º del art. 86 del Código Penal.*

7. De cualquier modo, aun admitiendo que corresponde al legislador la definición de un asunto de esta magnitud, queda por resolver si la opción

63. Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por E. García Morente), Espasa, Madrid, 1983, esp. pp. 83 y 85. Para una síntesis de este planteamiento, cfr. mi libro *Teoría...*, *op. cit.* nota 14, pp. 60-62.

“amplia” que –según la Dra. Argibay– propicia aquél es la única posible. Esa ha sido la tesis tradicional de la doctrina. Núñez es categórico: “la ampliación del contenido del inc. 2º del Código es justa, pues contempla la situación moral de la mujer que ha concebido al ser víctima de un delito, esto es: sin capacidad para aceptar el acto o sin voluntad de realizarlo. Nadie le puede imponer a una mujer el deber de aceptar un hijo en tales condiciones”. Y citando a Peco, añade: “...‘el vástago de la violación evoca el recuerdo de un acto que lastima el pudor de la mujer soltera y perturba la tranquilidad de la mujer casada, sin que la ley deba obligarla a soportar una maternidad odiosa’”.<sup>64</sup> La magistrada es del mismo parecer: “este *esquema normativo* [...] delimita el *supuesto excepcional* en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo –esto es, el hecho antijurídico precedente– cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el *carácter insostenible* del conflicto con los intereses de la persona por nacer”. Más aún, “el juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal” estriba en “la relación simétrica entre la *falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad* (v. gr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza penal)” (consid. 14, 4º párr.) (el énfasis se ha añadido en todos los casos).

Empero, también se han alzado voces contrarias en el ámbito de la doctrina, tal la del prestigioso filósofo político y jurídico Norberto Bobbio, quien reflexiona en una célebre entrevista concedida al periodista Giulio Nascimbeni: “No hablo de buen grado de este problema”, ya que es “muy difícil; es el clásico problema en el que nos encontramos frente a un conflicto de derechos y deberes. Ante todo el derecho fundamental del concebido, el derecho a nacer, sobre el cual, creo yo, no se puede transigir. Es el mismo derecho en cuyo nombre soy contrario a la pena de muerte. Se puede hablar de despenalización del aborto pero no se puede ser moralmente indiferente frente al aborto [...] Está también el derecho de la mujer a no ser sacrificada por un hijo que no quiere. Y el de la sociedad [...] a ejercer el control de la natalidad”. Y añade: “Son derechos incompatibles. Y cuando uno se encuentre frente a derechos incompatibles, la elección siempre es dolorosa”. Ante la pregunta de que, no obstante, es menester decidir, responde: “He hablado

64. Núñez, *op. cit.* nota 9, t. III, pp. 182-183. Cfr., asimismo, Donna, *op. cit.* nota 9, p. 91.

de tres derechos. El primero, el del concebido es el fundamental; los otros [...] son derivados. Por otro lado, y para mí este es el punto central, el derecho de la mujer y el de la sociedad, que suelen esgrimirse para justificar el aborto, pueden ser satisfechos sin necesidad de recurrir al aborto, evitando la concepción. Pero una vez que hay concepción, el derecho del concebido sólo puede ser satisfecho dejándole nacer”. A su juicio, la ley 194 resulta criticable porque, entre otros conceptos, “reenviar la solución al momento en el que la concepción ya se ha producido es huir del fondo del problema”. Y concluye, a partir de una crítica a una de las tesis de Mill: “Las feministas dicen: ‘mi cuerpo es mío y lo gestiono yo’. Pero yo digo que aplicar ese razonamiento al aborto es aberrante. El individuo es uno, singular, pero en el caso del aborto hay un ‘otro’ en el cuerpo de la mujer [...] Con el aborto se dispone de una vida ajena”.<sup>65</sup>

Y bien: ¿es así? ¿Es verdad, parafraseando a Arthur Kaufmann, que “*tertium non datur*”?<sup>66</sup> Se ha visto que la defensa plantea una alternativa de garantizar, mínimamente cuanto menos, ambos derechos que, por lo que se lee del voto de los jueces Argibay y Petracchi, no está debidamente fundada y, por tanto, queda descartada. La magistrada advierte, una vez más, la extrema dificultad del asunto. Sus palabras –que trasuntan un compromiso intelectual digno del mayor reconocimiento– lo muestran con claridad: “en este sentido, debe quedar claro que la anterior descripción de la tarea del legislador *no significa* desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que *ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro*, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante *circunstancias excepcionales* en las que se torna *imposible* evitar la tensión entre dos bienes jurídicos *por otros medios*, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como *única vía* para salvaguardar el restante” (consid. 14, párr. 7º).

La cita es honda en contenidos. Por de pronto, reivindica el principio general de armonizar los derechos que se dan cita en la coexistencia social. Y de este modo se acerca al argumento teórico de la defensa en un punto –de neta reminiscencia alexiana– que reputo decisivo: la búsqueda del máximo

65. Bobbio, Norberto, *Il Corriere della Sera*, 8/5/1981.

66. Kaufmann, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él” (del alemán por A. Guardia Clausi, revisión por R. Rabbi-Baldi), en Rabbi-Baldi Cabanillas, *op. cit.* nota 3, p. 368.

resguardo posible de los derechos y, por ende, el ensayo de las reglamentaciones menos restrictivas de tales bienes de modo de evitar la cancelación de alguno de ellos. Pero, de seguido, reconoce que en supuestos “excepcionales” ello deviene “imposible” por lo que queda expedita como última *ratio* la afectación de uno de los derechos en juego siempre que ella sea la “única vía” de garantizar el restante.

Con todo, es la propia Constitución la que señala un camino a explorar en orden a asegurar, tanto como resulte posible, ambos derechos y sobre el que nunca se insistirá lo suficiente: es el que surge del art. 75, incs. 22 y 23 y que es la consecuencia –como recordó el voto mayoritario– del intenso debate ocurrido en la Convención Nacional Constituyente de 1994, al ocuparse del asunto. Sus términos, en efecto, no merecen ser silenciados e invitan a la reflexión. Por de pronto, conviene retener la consagración constitucional conjunta de que el derecho a la vida principia con la concepción (Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño). Asimismo, es facultad del Congreso “dictar un régimen de seguridad social *especial e integral* en protección del niño en situación de *desamparo, desde el embarazo* hasta [...], y de la madre *durante el embarazo...*”. El espíritu del legislador es elocuente: procura comprometer toda su energía para salvaguardar –desde el embarazo– al niño “desamparado”, dentro de cuya amplia variedad de supuestos ingresa sin dificultad el que ha sido fruto de una violación, en tanto es obvio que, como regla general, no se trata de una persona querida y bienvenida, evitándose, de este modo y como expresó el convencional Alfonsín en aquella histórica oportunidad, que se concrete la “tragedia del aborto”.<sup>67</sup> Pero ante esa misma dramática situación, el constituyente ha propiciado otra directiva de la mayor importancia: proteger también, por análogos medios, a la madre durante ese trance no deseado, de modo de asegurar sus derechos básicos y, de tal forma, proteger con la mayor amplitud que las particulares circunstancias de cada caso presenta, tanto sus derechos como los del *nasciturus*. De esta manera, pienso,

67. Alfonsín, Ricardo, Convención Nacional Constituyente, 34<sup>a</sup> reunión, 3<sup>a</sup> Sesión Ordinaria, 19/8/94, p. 4600: “Estamos defendiendo la vida y estamos trabajando de la manera más importante, que es la única que concebimos como posible para que se evite la tragedia del aborto, pero no a través de la penalización, sino del auxilio y la asistencia del Estado argentino”.

se completa el círculo de esta circunstancia especialmente dramática de la experiencia humana.

Según creo, el voto de la mayoría también llamó pertinentemente la atención de este punto cuando, tras exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a “implementar [...] protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles” (consid. 29), expresa que “en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada”, se insta a que “tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse [...] la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como su asesoramiento legal en el caso” (consid. 30).

Es verdad que el grueso de las directivas se orienta a proteger a la madre, sin referencia alguna al *nasciturus*, tal y como ya fue críticamente señalado respecto de este voto. Pero la omisión apuntada no empece que los empeños formulados por la mayoría de la Corte no resulten imprescindibles. *Sólo que, a ellos, deben unirse semejantes fatigas en pos de garantizar la vida de la persona por nacer.*

Como es obvio, nadie dice que sea ésta una tarea sencilla y, menos, que siempre pueda concretarse. Con todo, una teoría que verdaderamente se tome en serio los derechos humanos no puede soslayar el intento y, si éste no resulta practicable, acudir al sistema de permisiones que estipule el legislador.

8. Otra de las consecuencias de la última cita de la Dra. Argibay sobre las que deseo llamar la atención es que esa cancelación de uno de los bienes jurídicos en juego no puede ser vista como un “derecho”, sino como una “excepción” al derecho cercenado y que, por lo mismo, ostenta un alcance restrictivo, en línea con conocida jurisprudencia de la Corte.<sup>68</sup>

68. Fallos: 311:1249; 327:1161; 329:299; 330:1055, entre muchos otros.

Es la lógica consecuencia del camino metodológico que manda la Ley Suprema por la simple pero relevante razón de que no hay derechos fundamentales de jerarquía superior a otros, sino que todos ostentan análogo *status* en tanto inhieren en la universal dignidad de la persona.

Pienso que la jueza Argibay es muy clara al respecto cuando escribe que se trata de un “permiso jurídico” (consid. 15) que afecta “el interés legítimo de un tercero” y que resulta “socialmente soportable” en razón de que el “peligro” para el otro “interés jurídico [...] únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación” del otro interés. De lo contrario, la conducta permisiva deviene “prohibida” (cfr. consid. 14, párr. 1º).<sup>69</sup>

9. Ahora bien: más allá de las prevenciones que la ministra expresamente verbaliza en la última cita bajo estudio, de la integral lectura de su voto se desprende que el peso específico (la “dimension of weight”, para decirlo con Dworkin)<sup>70</sup> de las afectaciones que padece la mujer (capaz e incapaz) sobre el embarazo derivado de una violación “derrotan” al derecho del *nasciturus*, de donde resulta aplicable la normativa en sus estrictos términos, esto es, “demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención *verifiquen* que el embarazo es producto de una violación” (consid. 15). El voto de mayoría, por el contrario, parece exorbitar los términos del texto: “el respeto a lo establecido en el art. 19 *in fine* de la Constitución Nacional se traduce en que el art. 86, inc. 2 *no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial* para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación” (consid. 27, el énfasis en ambos casos se ha añadido).<sup>71</sup>

Ante ello, y con prescindencia de que la argumentación de los votos de la Corte descansa sobre la exégesis amplia del inciso, que no reputo

69. En análogo sentido, el juez Petracchi alude a “autorizaciones previstas” (consid. 5º). La semántica de la mayoría parece ambigua. Así, mientras en el consid. 24 alude al “*permiso* que el legislador ha querido otorgar” (cfr., asimismo, consid. 25), en el consid. 23 al criticar la judicialización de estos asuntos expresa: “...la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un *derecho* expresamente reconocido por el legislador en el art. 86, inc. 2º...” (cfr., en idéntico sentido, consids. 28 y 31).

70. Dworkin, *Taking...*, nota 55, p. 41.

71. La argumentación de la mayoría es extensa sobre el punto, principiando en el consid. 21.

adecuada, se abren diversos planteamientos de los que aquí sólo deseo tratar dos: i) el tema de la objeción de conciencia y ii) el tópico de la denuncia de la violación.

i) el tema de la objeción de conciencia. Este aspecto es asumido exclusivamente por el voto de mayoría y lo hallo de toda razonabilidad. Luego de “advertir” a los profesiones de la salud “la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida” (consid. 22) y de señalar que resultarán pasibles “por las consecuencias penales” que se derivan de no dar cumplimiento al inciso (consid. 24, últ. párr.), el voto matiza tales consideraciones cuando, en el consid. 29, expresa que “deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio” (consid. 29).

Este tema constituye uno de los aspectos fundacionales de la teoría de los derechos humanos y ha sido reconocido por la Corte Suprema en el conocido precedente “Portillo”.<sup>72</sup> Si los derechos fundamentales son, como los creo, una manifestación de la dignidad humana (en tanto esta última reenvía a la idea de “eminencia” o “superioridad” del hombre), no puede desconocerse el goce del derecho de objeción de conciencia de los profesionales de la salud ante situaciones extremas, en las que resultan comprometidas, además del núcleo más esencial de su arte (concretamente, el mandato hipocrático),<sup>73</sup> su mismo ejercicio del libre albedrío o autonomía de la voluntad, elemento clave del art. 19 de la Constitución Nacional.

ii) El tópico de la denuncia penal. Como se anticipó, no surge de la letra del precepto, por lo que la Corte la reputa innecesaria. Con todo, ello

72. Fallos: 312:496.

73. A ese respecto, no puedo resistir remitir al espléndido relato de Marguerite Yourcenar en *Memorias de Adriano* (del francés por J. Cortázar), Sudamericana, 1980, 3<sup>a</sup>, pp. 315-316 (otro maravilloso libro para explorar el tema de “Derecho y Literatura”), cuando el emperador, buscando su muerte, provocó que su joven galeno personal, el alejandrino Iollas, “fiel a su deber de médico” que no quiso deshonorar, pusiera fin a su vida ante la perplejidad de no desautorizar al emperador frente a su pedido de administrarle una poción venenosa.

no significa que –como piensa la mayoría– se prescinda de la prueba de la violación, la que, como expone correctamente Argibay, cuanto menos ha de ser “verificada”. Y bien: ¿concluye allí el procedimiento? La cuestión no escapa a susceptibilidades. La mayoría lo reconoce cuando señala “que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de ‘casos fabricados’, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos [...] no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud” (consid. 28).

Soler, en su día, se manifestó contrario a este pensamiento de manera contundente. Ya en su proyecto de Código Penal de 1960 (que prevé expresamente la permisión de aborto por violación a mujer capaz e incapaz) estipuló que “la acción correspondiente al delito de violación haya sido iniciada”. Y añade: “su propósito es el de evitar supercherías en la medida de lo posible. Es verdad que la ley ampara la esfera de intimidad al acordar a esa clase de acciones el carácter de dependientes de instancia privada; pero aquí se trata de una real autorización acordada a un médico diplomado, de manera que *el problema legislativo a resolver es el de considerar o no como suficiente para que exista dicha facultad la simple manifestación de la interesada hecha un secreto profesional. Parece claro que, en principio, no debe serlo*. Además, la mujer que se decide a tomar tan grave medida no tendrá generalmente inconveniente en denunciar el hecho que tan odioso le resulta, al punto de desear la extirpación de sus rastros”.<sup>74</sup> Esta tesis se consagró con la sanción del decreto-ley 17.567 de reformas al Código Penal, obra del propio Soler, acompañado por Fontán Balestra y Aguirre Obarrio. El texto, en cuanto aquí interesa, decía así: “si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor de edad o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.<sup>75</sup>

74. Soler, *op. cit.* nota 9, pp. 109-109, énfasis añadido.

75. Cfr. ADLA, XXVII-C, p. 2879. En sus fundamentos, se dice: “dejamos perfectamente aclarado que el aborto es impune cuando el embarazo proviene de una violación y se practica en las condiciones indicadas por la ley. Requerimos, además, que la acción penal por el delito de violación haya sido iniciada” (p. 2881).

Como es sabido, el inciso citado se reprodujo en la ley 21.338 de 1976 pero al derogarse esta última en 1984 mediante la ley 23.077, las cosas volvieron a su primigenia situación y, con ello, renació la ingente polémica que, mientras no haya una normativa clara que regule el tópico, promete no tener fin.

Considero que las razones esgrimidas por Soler y defendidas, más tarde, por Fontán Balestra son de enorme solidez. Repárese, nuevamente, que la situación *sub examine* no es un “derecho” sino una “permisión”, que actúa como última *ratio* ante una hipótesis que no admite otro camino que la abdicación de un bien jurídico de la mayor jerarquía para resguardar otro bien análogo. Un supuesto de esta relevancia no puede ser tomado a la ligera, sin que resulte satisfactorio el argumento de la mayoría de que tal peligro “a estas alturas sólo aparece como hipotético y, podría resultar, eventualmente, un ilícito penal” (consid. 28), más allá de que, en cierto sentido, el propio voto mayoritario no parece reacio a la propuesta si se pondera que, entre las medidas que aconseja que adopten las autoridades nacionales y provinciales se cita “la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito”.

Por cierto, tampoco es de recibo, como escribe Fontán Balestra, que “se ha sostenido la conveniencia de llevar la previsión al extremo de exigir la condena por el delito enunciado, pues tal exigencia conduciría, en la práctica, a causar abortos sobre embarazos muy avanzados, para el supuesto más favorable de que la condena fuera anterior al nacimiento”.<sup>76</sup> De ahí que parece prudente descartar el propio temor que sugiere el voto mayoritario a través de una cláusula como la de 1967 que sólo exige –y por las razones dadas por Soler– apenas el inicio de la denuncia judicial de la violación.

76. Fontán Balestra, *Tratado...*, *op. cit.* nota 9, p. 240. Lo dicho lleva a plantear otro tema importante: el plazo máximo dentro del cual la permisión de la práctica puede realizarse. El viejo proyecto de Peco exigía, señala Núñez, *op. cit.* nota 9, t. III, p. 183, que el aborto se practique “antes de los tres meses de embarazo”. La mayoría, se ha señalado más arriba, exhorta a que se proporcione a las víctimas de violencia sexual atención “en forma inmediata y expeditiva”, idea en lo esencial compartida por los restantes votos y que conduce a que si la autorización procede, su realización se produzca en el menor tiempo posible resultando, a mi ver, excesivo el plazo a que se refería Peco.

## **Balance y prospectiva**

Llegados a este punto, esbozaré sintéticamente las principales conclusiones que pueden extraerse de las precedentes consideraciones:

Una lectura integral del art. 86, inc. 2º del Código Penal, esto es, comprensiva de su texto; fundamentos (lo que en clave hermenéutica podría llamarse “pretexto”) y del contexto, permite considerar que éste solamente prevé la autorización del aborto de mujer “idiota o demente”.

Una exégesis sistemática de la Constitución federal y de los tratados internacionales protectorios de los derechos humanos incorporados con ese rango luego de la reforma de 1994, revela una clara preocupación por salvaguardar tanto los derechos fundamentales inherentes al *nasciturus*, cuanto los derechos esenciales de la madre;

la precedente conclusión empalma con la técnica de interpretación de los derechos constitucionales, la que exige garantizar el “contenido esencial” de cada uno de ellos en la mayor medida de lo posible (“caso difícil”) y sólo ante un “severo conflicto de intereses” que impida tal propósito resulta autorizada la cancelación de uno de ellos como “única vía” de salvaguardar el restante (“caso trágico”); sobre tales bases, debe propenderse, en línea de principio, al resguardo de todos los derechos comprometidos en las situaciones de referencia, a través de las vías de que dispone el Estado (nacional y provinciales), principiando por las directivas que emanan, de modo especial, del art. 75, inc. 23, 2º párr.; en ese horizonte, quedan autorizadas las causales de interrupción del embarazo que pudieran determinarse, por cuanto, según la Constitución y la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema, los derechos no son absolutos. Empero, conviene meritar que las restricciones que padecen la totalidad de los bienes jurídicos sustanciales de la persona humana lo son a título de tales, y no de “derechos”; tales autorizaciones, en las sociedades democráticas contemporáneas, son del resorte de los poderes legislativos y no de los jueces, quienes sólo podrían actuar como excepción y ante la denuncia del eventual incumplimiento de las precisas pautas que prevean tales permisiones, de suyo excepcionales; desde esta lógica, resultaría autorizada la exención de punibilidad del aborto procedente de una violación si a mérito de un equipo interdisciplinario especialmente previsto a tal fin no resulten viables las diversas medidas paliativas tendientes a evitar la menor restricción posible a los derechos en juego (“principio

de necesidad”) con sustento, entre otros elementos, en los indicados *supra* 4, y siempre que la acción penal hubiera sido cuanto menos iniciada; por último, corresponde derogar el citado art. 86, inc. 2º por cuanto su pervivencia emergería como un deshonroso testimonio de una legislación eugenésica que está en las antípodas de la histórica tradición constitucional argentina, perfeccionada luego la reforma de 1994.