

los EE.UU. (ya admirada por hombres como Sarmiento). En ello radica, en términos generales, la razón de ser histórica de nuestro régimen actual.

Ahora bien, considero que esas razones se han modificado significativamente a los fines de tal sostenimiento, y por ende, a su tratamiento diferenciado. En primer lugar, porque creo que, aun por la práctica social misma, se distingue claramente la protección constitucional debida a la Fe, de la debida a la institución (Iglesia). En segundo lugar, el rol institucional de la Iglesia en la historia argentina del siglo XX, ha sido decididamente negativa en lo político: golpista en 1955, colaboracionista en la dictadura de 1966, partícipe activo del sistema represivo a partir de 1976, por ejemplo (obras como las de Emilio Mignone y Horacio Verbitsky dan testimonio contundente de ello). Actitudes dignas desde la fe, como la de Monseñor Novak, Monseñor De Nevares o de los teólogos de la liberación, sabemos, perfectamente, no contaron ni cuentan con el respaldo institucional de la Iglesia. Recientemente en un video de investigación sobre Monseñor Romero (Obispo del Salvador, asesinado por las fuerzas represivas) testimonios de personas próximas a él contaron cómo frente a la agresión constante, incluyendo el asesinato de sacerdotes, que la Iglesia recibía en dicho país, pudo, después de múltiples gestiones, obtener una entrevista con Juan Pablo II, para denunciar que eran perseguidos sacerdotes de la diócesis por terroristas, a lo cual el Papa le contestó ¿Y no lo son? Y poco tiempo después fue asesinado. Para advertir que éste no es sólo un fenómeno argentino. Y para abordar un tema de mayor actualidad, declaraciones como las del Obispo Baseotto (ex vicario castrense) no preocupan por su individualidad, sino, justamente, por su institucionalidad. O la férrea oposición demostrada contra la ley de matrimonio igualitario, que como lo fue en su momento contra la reforma de la ley de matrimonio civil, reflejan la voluntad de imponer principios del dogma como reglas jurídicas democráticas para toda la ciudadanía, lo que en sí mismo constituye un contra sentido, ya que ninguna ley, aun las contrarias al dogma, obligan a los creyentes a obrar del mismo. Finalmente, está claramente demostrado que la debida protección de la libertad de conciencia y de religión, de modo alguno requiere del sostenimiento de culto alguno (Constitución de los EE.UU., Primera Enmienda; carácter laico del Estado en la Constitución Francesa de 1958, art. 2º). Y se complementa en diversas constituciones provinciales posteriores a 1957, que, aun pudiendo ser reputadas como inconstitucionales (Bidart Campos, 1-189), consagran el principio de la laicidad: Neuquén, Río Negro, Chaco y Misiones. Por todo lo cual me expreso partidario de la reforma del art. 2 de la C.N., ampliando las ya efectuadas en 1994, respecto a las condiciones exigidas para ser Presidente o Vicepresidente de la Nación; la referida a las poblaciones indígenas (esto último lo analizaremos en el Módulo Diez); y la reforma del régimen de Patronato, que, a partir de lo que aquí voy a plantear carecería de sentido mantener; la que no considero una cláusula pétrea, por no disponerlo así expresamente el texto constitucional que admite su reforma en todas sus partes (art. 30 C.N.), ni vulnerar ello la libertad de conciencia y de religión, y además, por entenderlo acorde con el sistema democrático, que plantea el ejercicio de la libertad, en igualdad de trato y de oportunidades.

Ingresando al análisis normativo constitucional, cabe expresar que, la llamada libertad de cultos, que expresa el derecho de ejercer los ritos propios de la fe y su divulgación, y que se ha entendido, aun antes de la reforma de 1994, que contiene implícitamente el de libertad de conciencia y de religión, de carácter más amplio, ya que abarca la religión y las creencias (que pueden ser de índole moral o ético, por ejemplo), y aun en el contexto de la propia intimidad o privacidad, se encuentra regulado en los arts. 14, como derecho de todos los habitantes, y 20, como derecho de los extranjeros.

Por otra parte, los tratados constitucionalmente jerarquizados en 1994, han especificado, en parte sus contenidos.

Es dable señalar que, el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye la libertad de pensamiento, en el ámbito de la libertad de conciencia y religión, con lo cual el concepto de creencia es amplísimo, abarcativo de la actividad racional humana en su totalidad. En cambio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce esta última libertad al abordar la libertad de expresión (art. 13), y entonces, el concepto de creencia es más restringido, vinculado a lo moral y lo ético, principalmente. La segunda alternativa parece metodológicamente más acertada, en la medida en que no la interpretamos, exclusivamente, en su vinculación con la libertad de expresión y el derecho a la información, sino también, como un derecho autónomo, ya que claramente, puede tener otras implicancias. (p. ej. en relación con la libertad de cátedra universitaria). Por otra parte, el art. 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión a su favor.

Así el art. 12 de la CADH, explicita que la misma contiene:

El derecho de toda persona a conservar su religión o sus creencias o de poder cambiarlas (libertad de conciencia).

El derecho de toda persona a profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. (Libertad de cultos). En art. 18 del PIDCP, especifica ello, a través del ejercicio del culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

El derecho de los padres o tutores de que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. (También el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 18.3 del PIDCP). Debe destacarse aquí que, atento el reconocimiento que a favor de los niños, efectúa, de este derecho la CDN, y que define el rol de los padres o representantes legales como guías en el ejercicio de los mismos (art. 14.2), debe aclararse que, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con su fe religiosa o creencias, no puede anular, impedir o restringir irrazonable o arbitrariamente, el derecho de estos, en el marco de su propia autonomía personal, y conforme su nivel de madurez, de optar por su propia fe religiosa o creencias, y a una formación acorde con las mismas, y eventualmente, llegar a oponerse a la de los propios padres o representantes legales, limitándose

Código Penal de la Nación.

Código Procesal Penal de la Nación.

Colección jurídica. Doctrina Judicial, Ed. La ley.

Comité contra la Tortura. Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires. Informe Anual 2010. Sistema de la Crueldad V. Agosto de 2010. Primera Edición.

"*Convenio relativo a los derechos humanos y la bioética*", Unión Europea. Consejo de Europa, Oviedo, Asturias, 1997.

CORWIN, EDWARD, S., "*La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*", Ed. Fraterna, Buenos Aires, 1987.

Diario La Capital de Mar del Plata del 29-04-2005.

Fallos de la Casación Penal, Luis A. Arnauda. Compilador. Ed. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, N° 1, 1999, N° 2, 1999, N° 3, 2001 y N° 4, 2003.

HUMPHRY, DEREK y WICKETT, ANN, "*El derecho a morir. Comprender la eutanasia*", Ed. Tusquets, Barcelona, España, 1989.

"*Informes anuales*", Corte Interamericana de Derechos Humanos.

KIPPER, JORGE, "*La eutanasia*", T. II, Editorial Losada, Buenos Aires, 1997.

LECLERCQ, CLAUDE, "*Libertes publiques*", 14ª edición, Ed. Litec, París, Francia, 2000.

LUNA, FLORENCIA y SALLES, ARLEEN, "*Decisiones de vida y muerte*", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1995.

MACKLIN, RUTH, "*Dilemas*", Ed. Atlántida, Buenos Aires, 1992.

O'DONELL, DANIEL, "*Derecho internacional de los derechos humanos*", Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina Regional, 2ª edición, Santiago de Chile, abril de 2007.

OSSORIO y GALLARDO, ÁNGEL, "*Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado*", 1ª edición, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1946.

"*Prevenir la tortura: un desafío realista*", Apt., Buenos Aires, 1995.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, "*Constitución de la Provincia de Buenos Aires*", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

MODULO VII

DERECHOS HUMANOS EXPLÍCITA E IMPLÍCITAMENTE CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

(CONTINUACIÓN)

La libertad de conciencia y de religión

La Iglesia Católica, Apostólica y Romana, tiene en la Argentina un status constitucional diferenciado, en relación con las restantes religiones, por imperio del art. 2 de la Constitución Nacional, que establece la obligación de sostenimiento de la misma, por parte del gobierno federal. Status particular que refuerza nuestro Código Civil, al darle el carácter de Persona Jurídica de Derecho Público (art. 33.3) (los restantes cultos lo son de derecho privado). Lo que torna a nuestro sistema constitucional en la materia, como de libertad de cultos (art. 14 C.N.) sin igualdad de cultos (art. 2 citado). Y que, además, para algunos autores, el art. 2 de la C.N. constituye una cláusula pétrea implícita de nuestra Constitución (Bidart Campos).

Las razones históricas de ello son evidentes. La participación activa de la Iglesia Católica Apostólica Romana, en el proceso de colonización, como verdadera "pantalla" humanizante de la conquista, que en general, encubría los verdaderos intereses políticos y económicos que la sostuvieron y desarrollaron. (Ver al respecto Módulos I y III). Su participación activa en el proceso de independencia continental, ocupando cargos públicos, desde la mismísima Primera Junta de Gobierno (Alberti), caracterizada por sus posiciones moderadas y conservadoras. Y finalmente, la presencia de integrantes del clero en las asambleas constituyentes. Si bien, tanto en 1853 como en 1860, ésta pretendió que el art. 2 de la C.N. quedara redactado en términos más concluyentes, en el sentido de reconocer a la Iglesia Católica Apostólica y Romana como única religión verdadera, lo cierto es que, el proyecto poblacional de la generación liberal dominante (Alberdi-Sarmiento) era atrayendo a la inmigración extranjera, y en especial europea, conforme reza el art. 25, a la que se le debía garantizar la libertad de cultos (art. 20 de la C.N.) como una de las condiciones para atraer su venida, teniendo en cuenta para ello, la fuerte influencia del protestantismo en dicho continente, y en

mérica, por ejemplo), que mellen la identidad de las personas; metodología ésta, muy propia, de los centros clandestinos de detención o de los campos de concentración.

La norma legal referida prohíbe la imposición de nombres ridículos, extravagantes, ridículos, contrarios a las costumbres argentinas que representen tendencias políticas o ideológicas o que susciten equívocos en cuanto al sexo (art. 3º). No pudiendo la misma ser interpretada y aplicada en el sentido de invadir la legítima prerrogativa de toda persona al nombre, y por lo tanto su ejercicio no podrá ser arbitrario o cercenante del derecho que reglamenta (Jiménez, II-181), o de carácter irrazonable. Paulatinamente, y también por imperio de la jurisprudencia, los criterios de aplicación fueron liberalizándose, admitiéndose nombres que, tradicionalmente eran resistidos. También, tal cual prevé la legislación, puede producirse el cambio de nombre, en los casos en que la persona sea conocida pública y socialmente por el mismo, o también la adición de un nombre por tales circunstancias.

Las relaciones familiares. Es de toda evidencia que, cuando la Convención de los Derechos del Niño, refiere a las relaciones familiares, como componente del derecho a la identidad, lo hace en un sentido amplio, no sólo referido al reconocimiento de las relaciones vinculadas con la filiación, sino además, las referidas a garantizar, el contacto de los hijos con sus padres (arts. 9.4, 10), y como regla, la permanencia de los niños en el seno de su familiar (art. 9.1), como el de preservar las relaciones con los miembros de la familia ampliada (art. 5). Es decir, el de poder mantener relaciones de carácter efectivo y fluido, en la medida de las posibilidades, con los integrantes del grupo familiar.

En el sentido apuntado, debemos expresar nuestra adhesión al voto disidente de los jueces Petracchi, Bossert y Vázquez en el caso (D. de P. V. A. c/ O., C. H., 01-11-1999, LL, Juan Antonio Travieso, Colección de Jurisprudencia, Derechos Humanos y Garantías, pág. 235), a favor de la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil, que impide a la mujer la impugnación de la paternidad del marido, por aplicación de los arts. 3.1, 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 16 inc. d de la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

La nacionalidad. Dicho tema lo desarrollaremos en el Módulo VII.

La identidad en sentido amplio. Por supuesto que el concepto de identidad, además puede entenderse, en un sentido más amplio, como identidad cultural, lingüística, religiosa o política y aunque reconozcamos con Travieso (ob. cit. págs. 229/230) que "la globalización se presenta, pues, ante un estado de fronteras porosas dotado de una soberanía devaluada", y que no podemos hablar exclusivamente de una denominada identidad nacional, lo cierto es que, más allá de cualquier propósito hegemónico, nuestra identidad, como persona en la sociedad, se integra también con estos atributos. Y en principio, debemos afirmar que los mismos tienen reconocimiento y protección constitucional, por imperio del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La identidad sexual. Si bien ninguna norma explícita reconoce el derecho a la identidad sexual, ésta ha sido reconocida por la jurisprudencia, la que podemos definir como el derecho de toda persona a una definición sexual consustancial a sí mismo, entendido el sexo como una conjunción integrada de factores biológicos, psicológicos y sociales (CCiv. y Com. San Nicolás, 11-08-1994, Considerandos 5º y 9º. En Travieso J. A., "Derechos Humanos y Jurisprudencia", pág. 354), sobre la base de considerar al sexo, como uno de los atributos de la persona humana.

Sobre dicha base, en el caso antes mencionado, se admitió la modificación del sexo (admitiendo el femenino) en la documentación pertinente, el cambio de nombre, y la autorización para la realización de la operación quirúrgica para corregir el disformismo genital congénito, en un caso de pseudohermafroditismo masculiniforme. Valorándose para ello, además, los trastornos que ello le genera en el mundo de relación, con respecto a su trabajo, y ante el ejercicio de sus derechos políticos, todos de carácter discriminatorio.

Más recientemente (18-04-2005) y en un caso de transexualismo, el titular del Juzgado Correccional N° 3 de Mar del Plata, Dr. Fernández Daguerre, admitió la viabilidad de una operación tendiente a adecuar los genitales femeninos a otros masculinos, fundando ello en el Derecho a la Privacidad (art. 19 C.N.), en el derecho a la dignidad, a la integridad e identidad personal, la libertad y la identidad sexual, el derecho a la salud y el otorgamiento de consentimiento informado, expresando que "Teniendo en cuenta que la identidad e integridad sexual de la persona es personalísima, el Estado, en principio, no debería intervenir en decisiones que la involucren, dado que esto constituiría una intromisión indebida en la esfera de reserva del individuo" (Diario La Capital, Mar del Plata, 29-04-2005, pág. 26).

Comparto plenamente lo expresado en los antecedentes expuestos, en la medida de considerar la identidad sexual, en el contexto del ámbito de reserva del art. 19 de la C.N., en los casos allí tratados.

Actualmente (2010) se encuentra en discusión en el Congreso Nacional una ley que regule la identidad de género, partiendo de un concepto de diversidad de género, superadora de la identificación sexual basada exclusivamente en la genitalidad.

Invito al lector a no perder, en el marco de este desarrollo normativo y jurisprudencial, las perspectivas generales del enfoque general que hemos propuesto y de las reglas generales sobre la materia (Módulos I a IV) desarrolladas, y que son base del posicionamiento al que adscribo, y que, está contenida en las consideraciones particulares que aquí se esbozan.

Bibliografía citada y consultada (además de la ya citada en el Módulo anterior).

ALDERMAN, ELLERIN Y KENNEDY, CAROLINE. "The right to privacy", Alfred A. Knopf. New York, 1995.

bién constituyó un desafío médico-psicológico, a fin de poder encaminar un proceso de restitución lo menos traumático posible, frente a semejante daño generado por la represión ilegal. Y que ahora, frente al tiempo transcurrido, está dirigido fundamentalmente a generar conciencia en esos niños apropiados, hoy mayores de edad, y que duden sobre su identidad, a que se realicen voluntariamente el examen de ADN e Histocompatibilidad, a través de campañas artísticas (Teatro por la Identidad) o con el apoyo oficial (Comisión Nacional por la Identidad) a tal fin. Se estima que son alrededor de quinientos los niños, en ese momento, apropiados, de los cuales, queda todavía una gran mayoría viviendo con su identidad falseada.

Esta tarea, por una parte, generó la creación de un Banco Nacional de Datos Genéticos, que permite conservar los mismos, aunque eventualmente, los familiares de las víctimas fallezcan, y además, incorporó una nueva tecnología, la del ya mencionado examen de ADN e Histocompatibilidad, que en el ámbito público, funciona en el Hospital Durand, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y cuya directora es la Dra. Di Leonardo, quien además se ha ocupado de la difusión de esta nueva tecnología en el país, que también hoy ya cuenta con emprendimientos privados. Esta tecnología que permite descartar con un cien por ciento de certeza la paternidad o maternidad sanguínea, y que permite aproximar, con más de noventa y nueve por ciento de certeza, la existencia de tal relación, además, permite que la misma se realice con integrantes del grupo familiar (abuelos, hermanos, por ejemplo) aun faltando los datos genéticos de los padres. Esta tecnología, además, impactó en el derecho civil, en general, al facilitar la verificación o descarte de la relación, en los trámites de reclamación o impugnación de estado familiar, y permitió incorporar al Código Civil, el principio de presunción en contra de quien se niegue a su realización, y las posibilidades de hacer lugar, así a la acción, en los casos en que, por otros medios de prueba, puede tenerse por acreditada la relación de trato o la convivencia.

Pero, además, estos precedentes y la labor de las organizaciones no gubernamentales, en la órbita de Naciones Unidas, influyeron decididamente, en la redacción del actual art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño, la que hoy cuenta con jerarquía constitucional, y consagra este derecho, en los términos que sigue: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias tácitas" (ap. 1). Y que frente a su supresión ilegal expresa: "Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiados con miras a establecer rápidamente su identidad" (ap. 2).

Por otra parte, dicha regla general se encuentra complementada por aquella que fija como obligación de los Estados Partes de garantizar mediante su legislación interna, el derecho de todo niño de ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y de tener, desde que nace, un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7, aps. 1 y 2).

Como puede advertirse el concepto de identidad que trasunta la norma en análisis es amplio, ya que incluye, en la preservación de la misma, el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares, lo que implica las relaciones de filiación, pero que no se limita exclusivamente a ello. Y establece la necesidad de su preservación, desde el mismo momento del nacimiento del niño.

Asimismo, se puede considerar que, asociado con el derecho a la intimidad y privacidad, la identidad sexual forma parte del presente derecho.

En definitiva, el derecho a la identidad está constituido por todo aquello que identifica e individualiza a una persona, y que lo constituye, es su unicidad como tal, frente asimismo como frente a la sociedad.

Por otra parte debe entenderse que esta protección del derecho a la identidad no queda circunscrita exclusivamente al derecho de los niños y adolescentes, ya que, siendo ésta reconocida desde el comienzo de la vida misma, es decir, desde el nacimiento, evidentemente, se integra definitivamente como derecho fundamental de la persona humana, para toda su vida.

Daremos a continuación un pequeño repaso de los elementos constitutivos de la identidad, conforme las normas en análisis.

Identificación e inscripción inmediata del niño. Uno de los momentos cruciales de la identidad de un niño se da al mismo momento de su nacimiento, ya que, no se trata solamente de su propia identificación, sino también, de la preservación de su identidad filiatoria. Un deficiente sistema identificatorio facilita la sustitución de la identidad, la sustracción de menores y su comercialización. Es por ello que, la ley 24.540 modif. por la ley 24.884, procura la creación de un sistema que, en forma simultánea, individualice la identidad del hijo con el de la madre, a fin de evitar sustituciones o facilitar su comercialización, atento los plazos más prolongados que la ley de Registro Civil habilita para su inscripción.

Por otra parte, y ya en relación a la adopción plena, el art. 328 (texto ley 24.779) establece el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica, a partir de los 18 años, como reconocimiento pleno de su derecho a la identidad.

Derecho al nombre. Este derecho, además, se encuentra reconocido por el art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se encuentra reglamentado, por la ley 18.248. La CADH precisa dicho derecho señalando que el mismo consiste en el de tener un nombre propio, y los apellidos de los padres o de alguno de ellos. Por otra parte lo refuerza, con la afirmación de que dicho derecho debe garantizarse a todos, aunque para ello deba recurrirse a nombres de fantasía. Situación ésta que se configura en el caso de desconocerse quiénes son sus padres, a quienes, en principio, les corresponde, en relación con sus hijos. Con lo cual, la referida norma pretende prevenir el uso de denominaciones de carácter impersonal (mu-

nización política, en el contexto de la globalización, que persigue) como el terrorismo y el narcotráfico, y ante los cuales, no sólo se pretende justificar una reducción cada vez más notoria del ámbito de la privacidad e intimidad de las personas, sino además, un apartamiento decidido del orden normativo de los derechos humanos, como son, la prohibición absoluta de la tortura o el tratamiento digno de las personas privadas de libertad. Que procuran y obtienen en algunos casos inmunidad para sus ejércitos. O que desconocen el derecho a la libre determinación de los pueblos. De igual modo, es de advertir sobre las campañas de seguridad con un fuerte sesgo represivo y autoritario que pretenden cuestionar los derechos y las garantías constitucionales, distinguiendo discriminatoriamente entre ciudadanos y delincuentes. Todo ello en el contexto que con más detalle hemos analizado en los Módulos anteriores. Frente a esto es necesario reafirmar la plena vigencia de tales derechos y garantías, frente a posturas excepcionantes, que pretenden justificar su debilitamiento y que de imponerse, sumado, a la excepción por la crisis económica, a la excepción por la crisis institucional, a la excepción por el estado de guerra; la excepción frente a la seguridad o la represión del delito, o la excepción frente a la crisis social, en la realidad mundial actual, corremos el serio riesgo, como ya lo señalé, de que predomine la excepcionalidad constitucional como regla de convivencia futura. Frente a ello, me parece aleccionador el mensaje jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha afirmado que, aun frente a la lucha contra el terrorismo, los derechos y garantías de la CADH tienen absoluta vigencia, y deben ser respetados y garantizados por los Estados Partes. (Caso Loayza Tamayo, sentencia del 17-09-1997, entre otros).

Que finalmente, la última parte del inc. 2 del art. 11 de la CADH refiere al derecho de toda persona a no ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación.

El derecho a la honra y a la reputación es uno de los denominados derechos personalísimos, que garantiza el debido respeto al propio valor, a la propia conducta y a la propia dignidad personal. Es, en definitiva, uno de los referentes de la propia individualidad frente a la sociedad. Pero además, se constituye en un valor social, tanto al momento de apreciar su conducta o desempeño, como al momento de confiar, frente a la asunción de responsabilidad, y representaciones.

Su protección legal surge tanto en el ámbito civil, a partir del derecho a ser indemnizado por su violación, como desde el ámbito penal, a partir de la tipificación de los delitos de calumnias e injurias, que lo tienen como bien jurídico protegido.

La Corte IDH ha reconocido que puede verse afectado el derecho a la honra y a la buena reputación por un proceso penal si éste se ha llevado adelante con desconocimiento del principio de presunción de inocencia y de las garantías del debido proceso (Caso Cesti Hurtado vs. Perú (fondo), 1999, párr. 178).

Tal vez la confrontación más tensa entre derechos se dé entre el derecho a la protección de la honra y la dignidad (incluyendo aquí el derecho a la intimidad) y el derecho a la información. El tema es bien complejo, y completaremos su análisis al referirnos al derecho a la información, en particular, pero permítasenos ahora plantear al menos algunos de los ejes que consideramos centrales en el conflicto:

El deshonor o la indignidad privada, puede ser hasta perdonada, en cambio, la pública, puede llegar hasta producir estragos (y que constituye la faz ética de la corrupción).

La información sobre la gestión pública y el gobierno son esenciales para la democracia, tanto para el ejercicio responsable del derecho a elección, como para la orientación de la participación ciudadana. Pero se asiste a un proceso de concentración de los medios masivos de comunicación que facilitan la manipulación informativa y generación de campañas.

Si bien la vida privada y la intimidad de las personas poseen una fuerte protección constitucional: se asiste a un incremento de la convicción social de que "ser o estar en el mundo" es ser o estar en los medios, como también, del fignoneo de la vida privada a través de la cerradura de los medios de comunicación masiva, donde las personas deciden exponer su íntima cotidianeidad.

El acceso a los medios es diferenciado, y evidentemente, a menor posibilidad a ello, mayor el grado de perjuicio que se genera atacándose ilegalmente su honor o reputación.

Este rápido paneo permite advertir el complejo entramado dentro del cual se desenvuelve esta relación de tensión, que en la práctica, no resulta sencillo desanudar ni resolver.

El derecho a la identidad. El derecho al nombre

El Derecho a la Identidad en la Argentina debió su instalación jurídica y social, como consecuencia de las brutales secuelas dejadas por el Terrorismo de Estado en la Argentina, durante la último dictadura militar (1976-1983), donde la apropiación de niños, el asesinato o desaparición de sus padres, y su entrega a terceras personas, muchas veces integrantes de las propias fuerzas represivas como parte del plan sistemático de exterminio, por aplicación de la Doctrina de la Seguridad Nacional, y que, a través de la ímproba tarea, particularmente, de Abuelas de Plaza de Mayo, y de sus equipos técnicos (jurídicos, psicológicos, etc.) se procuró y se procura, que tales niños apropiados recuperen su identidad familiar sanguínea. Ello, además de constituir un desafío jurídico, tanto en relación con la obtención de la prueba necesaria (extracción compulsiva de sangre a los fines de poder realizar los exámenes de ADN e Histocompatibilidad; o la nulidad de trámites de adopción obtenidos en fraude de la ley, por ejemplo), tam-

la constitucionalidad del criterio mediante el cual se excluye de las normas referidas a la incautación de correspondencia (art. 185, 234 y 235 CPPN) los casos en que la misma ya ha sido retirada por el destinatario, y es transportada en la vía pública, haciendo aplicables los arts. 184 inc. 5 y 230, como requisita urgente que puede cumplirse sin orden (CNCasación Penal, sala II, Causa 781, Rojas, César Oscar, 29-08-96, Reg. N° 1049), ya que, evidentemente, por tal circunstancia, no pierde su naturaleza de correspondencia epistolar protegida constitucionalmente y sometida su incautación a las normas expresas sobre la materia, conforme remisión expresa del art. 18 de la C.N.

Con respecto a la relación entre el derecho a la intimidad y las intervenciones telefónicas. Dicha intervención solamente es razonable, en la medida en que, conforme lo dispone el art. 236 del CPPN, se formule por auto fundado, lo que significa que debe basarse "en un cúmulo de circunstancias que demuestren en grado de probabilidad compatible con el estado primigenio de la pesquisa, que la conducta ilícita penalmente se está por cometer o se halla en curso de ejecución" (CNCasación Penal, Portillo, Julio César, 17-04-2000, Reg. 3442), y no en la certeza moral de su comisión. Como bien señala Gelli (185) esta convicción debe ser del juez y no de los interventores, y las transcripciones o reproducciones deben ser completas, y no sujetas a decisión policial, respecto a su importancia o no. Por otra parte, como la misma autora señala (161-162) la medida debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad, que además de exigir adecuada fundamentación, debe respetar la adecuada proporcionalidad entre el interés público en juego y la restricción a la privacidad establecida, lo que determina la necesidad de establecer, por ejemplo, la duración de las escuchas, contemplando los sujetos a los que se escucha, determinando las manifestaciones que se han de tomar en cuenta, en relación con la gravedad del delito. (Conf. Voto en disidencia del Dr. Fayt en "Resolución N° 2013/2004", CSJN, 23-11-2004, DJ 2004-3-1247; la mayoría establece una distinción entre el grado de protección que merecen los habitantes de la Nación, con relación a la que le corresponde a los jueces o funcionarios judiciales y entiende que el examen del registro de llamadas de los mismos, ordenada por el instructor, ante serias sospechas de corrupción, no resulta una injerencia arbitraria o ilegal, en el contexto de un trámite administrativo de superintendencia). Por ello, cabe aclarar que, disposiciones recientes que establecían el archivo preventivo de las comunicaciones privadas por el término de diez años (decreto reglamentario hoy ya derogado) son, desde todo punto de vista, inconstitucionales. (Nos referiremos en particular al tema al abordar en el Módulo XI las acciones de clase). Por su parte el Comité de Derechos Humanos al analizar los informes periódicos de países ha reiterado la exigencia de que las intervenciones telefónicas o de otra índole estén sujetas a la supervisión o vigilancia judicial independiente (Observaciones finales sobre el informe de Lesotho [1999], párr. 267; de Jamaica [1997], párr. 67; y de Eslovaquia [1997], párr. 384).

Mencionaremos aquí también al tema de las grabaciones encubiertas. Es de toda evidencia, en principio, que las referidas grabaciones constituyen una violación a la privacidad e intimidad de las personas, y como tales, no

son constitucionales. Ahora bien, puede discutirse su constitucionalidad en lo que respecta a su utilización en causa penal o a los fines de la investigación de un ilícito. A dicho respecto considero que el criterio adoptado por la Cámara Nacional de Casación Penal (Caso Wowe, Causa 847, 30-10-1998, Reg. 1535) admitiéndola, en la medida en que no se trate de la obtención de la misma "contra legem" y con valor indiciario respecto a la veracidad de la declaración del testigo principal del juicio que la realizó, podría resultar la misma pertinente. De lo contrario entiendo que su eventual realización, debe quedar sujeta a las exigencias de legalidad y proporcionalidad antes descriptas en relación con la orden de allanamiento y a las intervenciones telefónicas.

Por último nos referiremos a tema del allanamiento de estudios jurídicos, ya que en ello no sólo se encuentra implicado el derecho a la privacidad, sino también, el derecho de defensa en juicio, y el secreto profesional, como la garantía al ejercicio libre de la profesión. En primer lugar, conforme lo ha establecido la jurisprudencia, "Las leyes procesales contienen preceptos que declaran inadmisibles absolutamente, la interceptación de las comunicaciones, escritas u orales, entre el imputado y su defensor o el secuestro de los escritos que las contienen, incluyendo allí comunicaciones o documentos, a los cuales se extiende el derecho o el deber de abstenerse de declarar como testigo". En segundo lugar ha expresado que "Carece de fundamento la orden de allanamiento que no contaba, en forma previa, con elementos objetivos mínimos que pudieran sustentar la sospecha de comisión de un grave delito, concreto y la relación entre los afectados y el hecho o para sustentar la idoneidad y necesidad de la medida ordenada aparece como desproporcionada frente al derecho fundamental afectado". Es decir que requiere de adecuada fundamentación (legalidad y proporcionalidad). Para sostener finalmente que "Corresponde declarar la nulidad absoluta del allanamiento efectuado en el estudio jurídico del abogado defensor del imputado, si, al momento de ordenar la diligencia, existía una frágil hipótesis delictiva, no se contaba con una imputación seria sobre la presunta participación del letrado en ella (en el caso se investigaba el delito de estafa procesal), no existía peligro por el retraso y había diligencias en trámite que podían haber aportado los datos que el juez procuraba, lo que demuestra objetivamente la innecesidad del allanamiento dispuesto" (CNCrim. y Correcc., sala I, Ambrosini, Carlos, 12-05-2000, DJ 2001-1-690). Que además de ello, teniendo en cuenta las consecuencias que un allanamiento de este tipo tiene sobre el libre ejercicio de la profesión, se ha requerido se garantice la presencia de un representante del Colegio Profesional respectivo, al momento del cumplimiento de la medida, y a fin de asegurar que la misma se circunscribirá a los límites imprescindibles y necesarios para la investigación en curso.

Que no podemos cerrar este análisis sin advertir la renovada importancia que tienen estas garantías y derechos constitucionales, y el debido resguardo y protección de la privacidad e intimidad de las personas, y los límites que estos establecen al obrar del Estado, frente a delitos cuya represión se mundializa (sin dejar de advertir asimismo sobre los fines de hegemo-

torización debe ser la persona que potencialmente se puede ver perjudicada por la misma (CNCrim. y Correcc. - Voto Dr. Gil Lavedra - LL 1984-D, 373). Comparto plenamente esta segunda doctrina, ya que la misma, se compadece con el concepto amplio de domicilio; con el carácter de excepción, a la regla general de la existencia de orden de allanamiento que trasunta el texto constitucional; con la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, el debido proceso y con la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Garantías que tienen el carácter de derechos humanos fundamentales, art. 8 CADH. Y con respecto a la voluntariedad de tal consentimiento, podemos señalar dos puntos de vista, un criterio amplio sintetizado en el voto del Dr. Petracchi en "Florentino" (Fallos 306-1752) que exige que la autorización sea expresa, anterior a la entrada de la autoridad pública a la vivienda, sin mediar fuerza o intimidación, y que a la persona que se le requiere la autorización debe hacerse saber que puede negarse a ella. Un criterio restrictivo: que no debe crearse una regla abstracta que lleve a la tacha de nulidad en todos los casos. Admitiendo la validez del consentimiento prestado en sede judicial por quien está privado de libertad (CSJN, Fallos 313-612). O en el caso de intervención de un agente encubierto que no se identificó como tal, y que estaba acompañado por una persona detenida amiga del domiciliado, al entender que no medio engaño, al permitir el ingreso sin indagar sobre la identidad del agente público y sin indagar los motivos de ese acompañamiento (CSJN, DJ 1991-2-637). O considerando suficiente una orden de arresto sin facultades de allanar domicilio, a fin de concretar el mismo ingresando a éste (CSJN, Fallos 311-2045). Por los motivos dados en párrafos anteriores, también aquí adscribo al criterio amplio. Con respecto a quién es la autoridad habilitada y los alcances de la orden: en principio, y conforme lo ha afirmado la CSJN (Fallos 306-1752) dicha orden debe ser expedida por el juez, el que, por regla general, e imperativo del art. 8.1 de la CADH, debe ser independiente, competente e imparcial. Por lo cual no compartimos la jurisprudencia que ha admitido la validez de la orden de allanamiento no suscripta por el Juez y el Secretario, y sólo suscripta por el oficial policial interviniente y los testigos, por el solo hecho de haberse ejecutado conforme la orden de allanamiento obrante en las actuaciones judiciales o con la presencia de Juez y Secretario incompetente pero que actúa con anuencia del Juez de la causa (CNCasación Penal, sala II, Español Mauricin, DJ 1999-2-222 SJ-1704). Que asimismo entendemos que, la orden debe limitarse a los alcances en ella fijadas en forma expresa, y que no puede ser ampliada por la sola voluntad del oficial público que la lleva a cabo (TOral Crim. Fed. Córdoba N° 2, Albornoz, Walter, 08-03-2000, LLC 2000-936). Como asimismo, que sólo puede llevarse a cabo en el domicilio designado en la orden respectiva (CNCrim. y Correcc., sala V, 31-08-2001, Camacho Rojas, LL 2002-A, 510). Por otra parte consideramos que los fundamentos que dan origen a la medida, conforme la carga que estipula el CPPN, deben ser explícitas en la orden respectiva, ya que hacen a la garantía de la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados, no bastando meras remisiones a pedidos formulados en la causa, las que a su vez, se sustentan en generalidades. (Voto en disidencia Dr. Petracchi, CSJN, Yermal, Jorge y otros, 17-03-1998, DJ 1998-3-247; CNPenal Económico, sala B,

Musimundo SA, DJ 1997-2-247; CNCasación Penal, sala IV, 23-02-2000; Casco, Juan C., LL 2001-C, 10) y se relaciona con la específica protección del ámbito de privacidad de la persona (CNCasación Penal, sala IV, Mangiamelli, Juan, 16-04-2002, LL 2002-D, 57). Ya que, por regla, debe primar una interpretación restrictiva a este respecto (Sagüés, 2-325). Por otra parte, la regla de exclusión probatoria impide hacer mérito del resultado del secuestro de efectos a consecuencia de un allanamiento que no se sujetó a las disposiciones de la ley (TS Neuquén, Aguiar, Rafael, 09-06-1998, DJ 1998-3-216; TFiscal, sala A, 15-12-2000, Avícola Humboldt, IMP 2001-5-78), y que no sólo abarca a la medida y a los elementos allí secuestrados, sino que debe extenderse a todas las actuaciones procesales que hayan sido consecuencia de la primera requisita domiciliaria (CNCrim. y Correcc., sala I, Ambrosini, Carlos, 12-05-2000, DJ 2001-1-690).

Respecto a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados. Se trata de salvaguardar la privacidad de la persona, limitando el obrar del Estado, y de particulares, en la interceptación, secuestro, y conocimiento de su contenido. La importancia sustancial, al momento de la sanción de la Constitución histórica, de la correspondencia epistolar, como medio de comunicación, por excelencia, tornan absolutamente pertinente, la extensión que formula Sagüés (2-326) de dicha protección a las comunicaciones telefónicas, a los discos y registros de computadoras, casetes, etc. Así el Comité de Derechos Humanos ha dicho: "El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos de iure y de facto. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabaciones de conversaciones" (Observación General N° 16).

Es un derecho relativo, conforme la regla general sobre la materia, lo que se refleja, por ejemplo, en la ley de concursos y quiebras, que habilita la incautación de la correspondencia dirigida al fallido o concursado, para ser entregada al síndico. O a través de la obligación de exhibir y poder examinar la correspondencia epistolar y los papeles privados de las empresas, comercios o personas físicas, sujetas por ley a fiscalización de sus actividades o sus ingresos, por la autoridad pública. O a través de orden judicial, en el contexto de una investigación penal, la que debe cumplir con los recaudos ya señalados para la orden de allanamiento.

A este último respecto reiteramos el criterio restrictivo que debe imperar para una adecuada protección de la inviolabilidad constitucionalmente consagrada. Por ejemplo, no compartimos el criterio jurisprudencial mediante el cual se afirma que no es necesaria orden de allanamiento, en el caso de que el comercio, al momento del operativo policial, estuviera abierto al público y la documentación incautada arriba del mostrador, coincidiendo con el voto en disidencia del Dr. Barbarosh, en tales actuaciones (CNCrim. y Correcc., sala IV, Hayek, Oscar, DJ 1997-3-987 SJ, 1439). También es dudosa

amparados por nuestro texto constitucional. Consagra así el denominado derecho a la privacidad.

En un sentido estricto podemos afirmar que las normas en análisis consagran el derecho a la intimidad, como una derivación del derecho a la privacidad (Gelli, 169).

Una obra señera, publicada en el país, en el reconocimiento de este derecho, entendido como el derecho a estar a solas o consigo mismo, es la del jurista español Ángel Ossorio y Gallardo (Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado, 79/82, 1946), quien distinguiendo quienes están relacionados con la vida pública, con quienes no lo están, expresa: "Pero las personas que no se relacionan para nada con la vida pública tienen derecho a disfrutar de la pacífica intimidad de su existencia, sin afrontar otras responsabilidades que las nacidas de sus actos. Lo demás (gustos, aficiones, deseos, manera de proceder, carácter, orden familiar) ha de ser sagrado e invulnerable, sin que nadie tenga derecho a entrometerse en tales cuestiones" (79). Por su parte, la jurisprudencia de la CSJN reconoció el derecho a la intimidad, como el derecho de toda persona a ser dejado a solas por el Estado cuando toma decisiones fundamentales de la vida, en respeto de la incolumidad del principio de determinación autónoma de la conciencia, en la causa "Ponzetti de Balbín" (Fallos 306-1892) de 1984. Asimismo la CSJN ha precisado el contenido del derecho a la intimidad afirmando: "El derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad" (CSJN, 13-02-1996, "Estado Nacional-D.G.I. c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal, DJ-1996-1-759). Además, dicho derecho se encuentra regulado en el art. 1071 bis del Código Civil (ley 21.173).

Las divergencias que surgen en torno a lo dispuesto por la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, se central en: *Qué se entiende por acciones privadas*. Se ha entendido, en general, que están protegidos, no sólo los comportamientos o conductas íntimas, sino también, aquellas que trascienden al sujeto que las realiza, pero que no ofenden a la moral y el orden público ni generan perjuicios a terceros (Sagüés, 2-314; Midón, 219; Jiménez, II-47/48). *Qué se entiende por orden público*: En general, se ha vinculado el concepto de orden público con las exigencias propias del bien común y el interés general, en una sociedad democrática (art. 32 CADH) (Jiménez, II-49), caracterizado por la pluralidad, la participación y el derecho a optar, como valla infranqueable de toda injerencia de contenido autoritario. *Qué se entiende por moral pública*: El criterio mayoritario, recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia, es la que impera, conforme las costumbres sociales, en un momento determinado (Jiménez, II-49). Moral pública que también debe verse desde la perspectiva de una sociedad democrática, y que como

tal, no puede estar sujeta a una concepción única y absoluta, 'cómo' pretenden algunos autores (Valiente Noailles). *Finalmente, qué se entiende por perjuicio a terceros*: Se ha sostenido, en general, que ello implica un perjuicio serio y concreto, y no las meras molestias (CSJN 211-565) o los desacuerdos de índole moral o ética. Que asimismo cabe señalar que en la situación de conflicto de derechos, cabrá analizar la conducta, en torno a los diversos daños implicados, conforme ya lo explicitamos al analizar la relación entre el derecho a la privacidad y el derecho a la vida.

Las implicancias del derecho a la privacidad las completaremos, como lo hemos hecho con respecto al derecho a la vida, al tratar los diversos derechos vinculados (Derecho a la Información - Libertad de Conciencia - Minorías - Hábeas Data).

Luego establece la prohibición de las injerencias arbitrarias o abusivas en su domicilio y en su correspondencia. Esta disposición complementa las previsiones del art. 18 de la C.N. sobre la materia, que dispone "El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

Respecto a la inviolabilidad del domicilio, la primera cuestión a dilucidar es *qué se entiende por domicilio*. Inicialmente, primó una interpretación de carácter restrictivo. Por ejemplo González Calderón (225), citando el precedente del Estatuto Provisional de 1815, hace referencia a "la casa de un ciudadano" y Sánchez Viamonte (139) expresa "No todo domicilio merece igual protección. El principio de la inviolabilidad estricta sólo es aplicable en todo su rigor al domicilio-hogar o residencias familiares". (En contra: Antokoletz, I-286: "Por domicilio debe entenderse toda habitación o residencia de personas, sea o no habitual, y aunque no reúnan los requisitos necesarios para constituir el domicilio civil. La inviolabilidad cubre la morada propia y la de la familia, y, por extensión, el recinto de cualquier propiedad, cuando se penetra en ella sin requerimiento o permiso de su dueño u ocupante, salvo los establecimientos abiertos al público"). Este criterio amplio es el que ha primado en el concepto actual de domicilio, en especial, por el aporte de la doctrina penalista (Sagüés, 2-320), lo que incluye piezas de hotel, camarotes, casas rodantes, oficinas profesionales y negocios. El Comité de Derechos Humanos considera que domicilio no es sólo la residencia sino también el lugar donde una persona ejerce su ocupación habitual (Observación General N° 16).

La segunda cuestión está vinculada con *el consentimiento como eximente de la orden de allanamiento* (Sagüés, 2-321/324). A dicho respecto, en relación con *quién es la persona que debe otorgar este consentimiento*, se han planteado dos criterios, *la doctrina de quién es titular del derecho de exclusión*: que establece que quien debe dar el consentimiento es aquel que tiene derecho a excluir o impedir el acceso (p. ej. el capitán de un barco con relación al acceso a un camarote - CSJN, Fallos 311-2171). *La doctrina de quién es perjudicado*: que establece que quien debe dar la au-

provecho de cualquier forma de comercio sexual y d) Cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

La senadora Vilma Ibarra como miembro informante confirma las características de este tipo de delitos antedichos: "De aprobarse este proyecto de ley contaremos con el delito de trata directamente como delito que va en contra de la libertad individual de las personas. Se trata de un delito donde nos encontramos con la criminalidad organizada, con mafias que actúan desde y hacia el exterior y desde un punto al otro del país. Necesitamos a la Justicia federal y la implementación de políticas activas desde el gobierno" (Antecedentes parlamentarios, N° 8, septiembre 2008, La Ley, pág. 763, párr. 13).

Por otra parte, el art. 6 de la CADH prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio. Ello se contrapone con el derecho de toda persona a ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (art. 6.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El Convenio 29 de la OIT define el trabajo forzoso u obligatorio como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (art. 2.1).

Ahora bien, la CADH enumera una serie de situaciones que no constituyen trabajo forzoso u obligatorio. Ellas son: La pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, los que no podrán afectar la dignidad ni la capacidad física o intelectual del recluso o los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida; el servicio militar obligatorio o el servicio nacional consiguiente por ejercicio de la objeción de conciencia; el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o bienestar de la comunidad y el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

En el caso particular de la Argentina no se admite el trabajo forzoso como parte de la condena privativa de libertad. Tampoco existe actualmente el servicio militar obligatorio. Por otra parte, entre los trabajos o servicios que forman parte de las obligaciones cívicas normales, podemos señalar, por ejemplo, el ser autoridad de mesa en las elecciones generales. Por su parte, leyes que regulan la colegiación obligatoria de profesionales prevén la intervención de los mismos en casos de calamidad o peligro.

Derecho a la protección de la honra y de la dignidad

Si bien nuestra Constitución carece de una norma que expresamente consagre este derecho, se ha interpretado que la mención que contiene el art. 29 al honor, y a su protección, refleja el reconocimiento de tal derecho, lo que se complementa con lo dispuesto por el art. 33 sobre derechos implícitos. Por otra parte, el derecho a la privacidad, que integra, conforme los términos de las convenciones jerarquizadas constitucionalmente, este derecho, se halla en la primera parte del art. 19, tal como lo ha reconocido

la jurisprudencia de la CSJN (Fallos 306-1982, "Ponzetti de Balbín"). Como también algunas de sus disposiciones (inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia privada) se encuentran expresamente reconocidas en el art. 18 de nuestro texto constitucional.

A los fines de sistematizar su desarrollo, nos remitiremos al tratamiento que del mismo efectúa la Convención Americana en su art. 11.

El inc. 1 refiere al mismo como el derecho, de toda persona, al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Se trata de derechos personalísimos, de carácter inmaterial, y que, en el caso de la dignidad, conforme lo analizamos en el Módulo I, constituye el fundamento esencial, el pilar fundamental, de los derechos humanos, en sus diversos contenidos. De allí que la Convención Americana refiera a su reconocimiento, ya que, su existencia es propia de la condición humana. Y agrego que tal reconocimiento, tiene relación directa con la efectividad de la totalidad de los derechos humanos consagrados. Como consecuencia de ello, conforme ya lo expresamos, la pobreza y la extrema pobreza, constituyen una violación flagrante a su reconocimiento.

El inc. 2 hace referencia a una diversidad de situaciones que, en parte, por lo que expresamos al inicio de este análisis, abordaremos en forma separada.

En primer lugar se establece que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y en la de su familia". A los que el art. 17.1 del PIDCP agrega "injerencias ilegales". El Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 16 (1988) ha indicado que el término ilegales significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley. Dichos principios, amplían y complementan la regla general establecida en el art. 19 de la Constitución Nacional, en el sentido que las acciones privadas que no ofendan el orden o la moral pública ni perjudiquen a terceros, quedan reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, al calificar más precisamente el tipo de injerencias que se prohíben.

En un sentido amplio las normas que nos ocupan, reconocen un campo de libertad propio e infranqueable, de cada persona, y en relación con su familia, garantizado por el límite efectivo a la intervención del Estado, el que tan solo puede hacerlo en la situación que taxativamente describe el texto constitucional (ofensa al orden o a la moral pública - perjuicio a terceros) y en la medida en que tal injerencia no resulte ni arbitraria, ni ilegal ni abusiva. Y por ende, constituye el fundamento constitucional de la autonomía de la voluntad de cada persona y un límite concreto al poder de imposición del Estado, como también de los particulares, de sus propios criterios, modelos o puntos de vista, y conforme ya lo he expresado al analizar el concepto de libertad, centran el obrar activo del Estado en la superación de los múltiples obstáculos que entorpecen el efectivo goce de los derechos humanos

ción Americana, y art. 10 del PIDCP, con jerarquía constitucional, la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, que ordena la incapacidad civil accesoria, del detenido privado de libertad ("Ivan Yagues", 09-05-1995; "Segundo Anastasio Sosa - Jorge Luis Carricaburu", 25-09-1996).

Por último corresponde señalar que, entre las obligaciones que asume el Estado, como consecuencia de la ratificación de la Convención contra la Tortura, de jerarquía constitucional, está la de informar y educar a sus funcionarios acerca de la prohibición de la tortura (art. 10); examinar permanentemente sus normas sobre interrogatorio, custodia y tratamiento de detenidos (art. 11); investigar pronta e imparcialmente las denuncias (arts. 12 y 13); pagar una reparación a las víctimas (art. 14) y con relación a los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes las mismas obligaciones previstas en los arts. 10 a 13 (art. 16). Además la Convención establece la jurisdicción universal para el juzgamiento de los autores de los actos de tortura (arts. 5 y 7) y de cooperación judicial internacional (art. 9). Estos últimos, reforzados a partir del Pacto de Roma de 1998, que crea el Tribunal Penal Internacional, de carácter permanente, y que, como ya lo señalamos, tiene competencia, de carácter coadyuvante, para el juzgamiento de los delitos de tortura, como delitos de Lesa Humanidad.

A su vez la Argentina ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (Depósito de la ratificación 14-11-2004), destinado a la generación de mecanismos nacionales de prevención de carácter independiente. A la fecha (2010) dichos mecanismos aun no ha sido definitivamente implementados.

La prohibición de la esclavitud y la servidumbre

El precedente más importante sobre la materia lo encontramos en la gestión de la Asamblea Constituyente del año 1813, que decretó la libertad de vientres, y con ello, el carácter de hombres libres de todos los hijos de esclavos nacidos a partir de entonces.

Esa es la razón primordial por la cual, el art. 15 de la C.N. (1853) comienza con la afirmación de que "En la Nación Argentina no hay esclavos". Sin perjuicio de ello, también establece que los pocos que quedan son libres a partir de la jura de esta Constitución, y además, califica de crimen a la compra y venta de personas y hace responsables del mismo, tanto a quienes lo celebrasen como al funcionario o escribano que lo autorice. Por último establece que todo esclavo será libre por el solo hecho de pisar el suelo argentino, lo que representa el compromiso del Estado de oponerse a toda acción o pedido destinado a restituirlos a su país de origen. Esta disposición tuvo históricamente cierto valor y sentido, si pensamos que el Imperio del Brasil, abolió la esclavitud, en forma definitiva, recién en 1888, y fue, en Sudamérica, de los más importantes en el comercio de esclavos a cargo del Imperio Británico.

La abolición de la esclavitud, en general, no respondió tan sólo a razones de humanidad, los cambios en las formas de producción capitalista, producidas por la revolución industrial, fue decisiva, ya que representó el paulatino abandono de la mano de obra esclava, la que fue sustituida por mano de obra proletaria, aun en el contexto de economías periféricas; iniciando la era de la explotación de los hombres libres. Y si bien el hombre deja de ser una cosa en el comercio, aparecen las formas contemporáneas de explotación, como son la reducción a la servidumbre, la trata de mujeres (art. 6.1 de la CADH) y el secuestro, venta y trata de niños (art. 35 Convención Derechos del Niño), la explotación y abuso sexual de estos (art. 34 misma Convención) o la explotación económica y en el trabajo (art. 32 Convención citada), y que, sin ningún sentido eufemístico, se las ha denominado Formas Contemporáneas de la Esclavitud. En ese orden de ideas la Convención Suplementaria de 1956 a la Convención de 1928 sobre la esclavitud considera determinadas prácticas, como: Que una mujer sea dada o prometida en matrimonio, sin derecho a oponerse, a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, su familia o cualquier otra persona; Si el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tiene derecho a cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; o que la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona, constituyen formas de esclavitud. Así la CIDH, en un Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Brasil (1997) calificó de esclavitud la práctica de obligar a peones a trabajar sin salario, mediante violencia, amenazas de muerte o torturas (párr. 39). El Estatuto de Roma (1998) tipifica la esclavitud sexual como crimen de guerra (arts. 8.1 y 2) e incorpora al concepto de esclavitud el tráfico de personas, particularmente mujeres y niños (art. 7.2.c).

Y esta realidad nos toca muy de cerca. En el país hay, principalmente trabajadores migrantes, reducidos a servidumbre, que permanecen encerrados o enclaustrados, durmiendo sobre el piso, trabajando 14 o más horas diarias, a quienes hasta se les retiene los documentos de origen, viviendo y trabajando en condiciones infrahumanas. La CIDH ha señalado la existencia de este fenómeno en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Brasil (1997, párrs. 21 y 22). Hay explotación de niños quienes son secuestrados para ser sometidos a trabajos inhumanos. Hay trata de mujeres, a cargo de verdaderas mafias que cuentan con el amparo de funcionarios y autoridades. Hay prostitución y pornografía infantil. De tanto en tanto estos hechos salen a la luz, ya sea por la labor de organismos no gubernamentales, o por alguna investigación judicial o de control del poder administrador, pero en una dimensión muy disminuida.

La ley 26.364 (publicada el 30-04-2008) sobre trata de personas y asistencia a sus víctimas hace expresa referencia a esta situación, y la encuadra en el marco de la prohibición de la esclavitud y la servidumbre. Al definir el concepto de explotación a los efectos de dicha ley (art. 4º) expresa que se considerarán tales: a) Cuando se redujere o mantuviere una persona en condiciones de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas. b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) Cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere

los niños sujetos a internación —densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal—, con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños, debiendo revisar permanentemente, y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación..." ("García Méndez Emilio y Musa Laura Cristina", sentencia del 02-12-2008, DJ 2009-1-506).

Por su parte la SCJBA en un conflicto de poderes entre un juez de menores y el gobierno provincial debido a la omisión de la administración de brindar lugares de derivación adecuados resolvió que: "...procede intimar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a adoptar en lo inmediato las medidas conducentes a la provisión de recursos de permanencia eficaces y adecuados a la problemática del fuero, a fin de garantizar la efectiva tutela de los derechos conculcados por el referido incumplimiento y asegurar el normal ejercicio de la función jurisdiccional" (Tribunal de Menores N° 1 de Trenque Lauquen c. Provincia de Buenos Aires, sentencia 22-10-2008, La Ley Buenos Aires, año 15, N° 11, diciembre 2008, pág. 1219).

Por su parte el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido que: "Sin perjuicio de la actuación que concierne al Poder Ejecutivo en el mejoramiento de la situación de los detenidos, cada juez o tribunal en la órbita de su competencia, debe hacer cesar toda eventual situación de agravamiento que importe un trato cruel, inhumano o degradante, así como ponderar la necesidad de mantener las privaciones de la libertad o disponer en su lugar medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas" (TCasación Penal, Buenos Aires, sala I, 12-06-2007, Detenidos de la Unidad Penal III de San Nicolás, La Ley Buenos Aires, Año 14, N° 8, septiembre 2007, pág. 901).

En particular referencia a las personas institucionalizadas como consecuencia de padecer un sufrimiento mental la CSJN, además de ratificar la aplicación de los principios sobre Salud Mental de la ONU de 1991, expresó "Si bien los pacientes institucionalizados —especialmente cuando son recluidos coactivamente— son titulares de un conjunto de derechos fundamentales —como a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad y al debido proceso—, tales personas poseen un status particular, ya que son sujetos titulares de esos derechos con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión, por lo que, frente a tal circunstancia desigual, la regla debe ser su reconocimiento, ejercicio y salvaguarda especial, de lo cual derivan los deberes legales del sujeto pasivo —sea el Estado o los particulares— y permiten, a su vez, promover su cumplimiento" (R. J. M., sentencia del 19-02-2008, DJ 2008-2-30).

Todo lo cual refuerza el rol del Poder Judicial en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado, frente a las posibles violaciones del art. 5 de la CADH en la persona de quienes se encuentran privados efectivamente de su libertad.

Por otra parte actuaciones como las del Comité contra la Tortura; de la Comisión Provincial de la Memoria, de la Provincia de Buenos Aires, reflejan, a través de sus informes anuales, como en forma sistemática se aplica la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, tanto en el Servicio Penitenciario Provincial, como en las Comisarías de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, como en la implementación de las políticas públicas en materia de seguridad en la Provincia, y las responsabilidades consiguientes, ante ello, de los distintos poderes del Estado Provincial. Esta comisión sistemática y masiva, a través de organismos del Estado, de persistir, deja abierta la posibilidad de que dichas prácticas puedan efectivamente considerar a la comisión de la tortura como delito de lesa humanidad, en el marco de un sistema político formalmente democrático.

Que asimismo, el art. 5 de la CADH, contiene una serie de criterios y prohibiciones que complementan la protección del derecho a la integridad personal.

Así el inc. 3 contiene la prohibición a que la pena pueda trascender la persona del delincuente, lo que se refleja, a nivel procesal penal, con la suspensión del proceso, en relación con el imputado fallecido, o con la finalización o cumplimiento de la condena, con el fallecimiento del condenado.

El inc. 4 establece la necesidad de que los procesados estén separados de los condenados, salvo circunstancias excepcionales, y los primeros reciban un tratamiento penitenciario acorde con su condición. Podemos señalar aquí que, uno de los problemas básicos de nuestro sistema penitenciario actual es que, alrededor del 80% del total de detenidos es procesado, y que sumado ello a la superpoblación existente hace problemático el cumplimiento de tal distinción en forma efectiva (Conf. Corte IDH, López Álvarez vs. Honduras, párrs. 111-112).

El inc. 5 señala que, en los casos en que los menores pueden ser procesados, deben estar separados de los adultos, y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible para su tratamiento. De dichos principios se desprende que, con relación a los menores, la regla general no es el procesamiento, y que, si el mismo se produce, el fin primordial es su tratamiento y no su condena. Por otra parte, establece la necesidad de que mayores y menores procesados se encuentren separados y que los mismos sean juzgados por tribunales especializados. (Corte IDH, Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay, párr. 169 y concs.).

Finalmente el inc. 6 establece que el fin esencial de las penas es la reforma y la readaptación social de los condenados. En ese contexto se ubican instituciones como la libertad asistida dentro del proceso de ejecución penal, o las formas alternativas a la pena privativa de libertad, como la Probation, o las alternativas al juicio penal propiamente dicho, como la "Suspensión del juicio a prueba", que procuran, además, superar la difícil contradicción que representa la readaptación social, en el contexto de la privación de libertad. Vale recordar aquí también, los antecedentes jurisprudenciales del TOral Penal, Mar del Plata, que declaró, por aplicación del art. 5.6 de la Conven-

que limita la posibilidad de denuncia ante el Comité creado por la referida Convención, a tales circunstancias descriptas. Por su parte Nicolás Laino (La Ley Buenos Aires, Año 15, Nº 5, junio 2008, pág. 487), en una nota de fallo del TCrim. Nº 3 de Mar del Plata que admite la comisión del delito de torturas por particulares, critica la expansión del tipo con relación a éstos, a partir de que la Convención de la ONU sobre Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes la limite a funcionarios públicos o a particulares que actúan bajo la tolerancia o aquiescencia de éstos, y que por disposición del art. 75 inc. 22 de la C.N. cuenta con jerarquía constitucional. Criterio que comparto.

A su vez, la referida norma excluye como torturas, los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. La referencia a "consecuencias únicamente" de sanciones legítimas, deja claramente establecido que si un detenido es objeto simultáneamente de sanciones legítimas e ilegítimas, ello, de por sí, permitirá neutralizar los efectos de esta excepción, la que, entiendo, sólo es operativa cuando el detenido es exclusivamente objeto de sanciones legítimas.

Por su parte, tanto la Convención contra la Tortura, la Convención Americana y la Convención Interamericana contra la Tortura, hacen referencia, también, a otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. A dicho respecto cabe afirmar inicialmente que se incluyen en el referido tipo, a otros actos que no constituyen tortura. En ese sentido la Corte Interamericana ha fijado el criterio general de que "Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana, en violación al art. 5 de la Convención Americana". Asimismo ha sostenido que: "Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública en un traje infamante a través de los medios de comunicación, el aislamiento en una celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas, constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del art. 5.2 de la Convención Americana" (Caso Loayza Tamayo, sentencia del 08-12-1995, párrs. 57 y 58). También ha considerado que si una persona "después de ser detenida por agentes de la Policía fue introducido en la maletera del vehículo oficial", aunque no hubieran existido otros malos tratos físicos o de otra índole, de por sí, constituye violación al art. 5 de la Convención Americana (Caso Castillo Páez, sentencia del 03-11-1997, párr. 66). Como asimismo ha sostenido que "La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia le permiten concluir a la Corte que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes" (Caso Suárez Rosero, sentencia del 12-11-1997, párr. 91). También la Corte Interamericana ha incluido dentro de esta categoría la atención médica muy deficiente de la víctima privada de libertad (Cantoral Benavidez, sentencia del 18-08-2000, párr. 85). La Corte Interamericana ha señalado que

los familiares de las víctimas, también, pueden ser víctimas, en razón de los mismos hechos. Así ha considerado que la obstrucción a los esfuerzos de la familia por conocer la verdad de lo sucedido, el ocultamiento del cadáver de la víctima, los obstáculos puestos a la exhumación del mismo, y la negativa oficial a brindar información, como asimismo, la incertidumbre sobre su paradero, constituyen, violación del art. 5.1 y 5.2 de la CADH, en la persona de los familiares de ésta (Caso Bamaca Velázquez, sentencia del 25-11-2000, párr. 165). Como puede apreciarse, el criterio de admisibilidad de situaciones, constitutivas de tratos crueles, inhumanos y degradantes es amplio.

Por su parte, al establecer el art. 5.2 de la CADH que las personas privadas de libertad serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, no hace más que reafirmar los conceptos constitucionales del art. 18 referido a las cárceles y que ya hemos recordado. En ese contexto vale recordar que la jurisprudencia ha reconocido el carácter operativo a la referida norma constitucional, y que la adecuada custodia de los internos se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (Torral Penal Nº 1, 02-10-1998, DJ 1999-2-936). Y que aun tratándose de personas detenidas portadoras de HIV debe garantizarseles, por aplicación del principio de no discriminación, las visitas íntimas (SC Mendoza, 17-12-1988, DJ 1998-2-936). También más recientemente, la Comisión Interamericana ha efectuado visitas "in loco" (14-12-2004) a las cárceles de Mendoza y a su pedido la Corte IDH ha dictado medida cautelar a los fines de garantizar la vida, salud e integridad física de los allí internados, intervención que se ha generado por denuncia de M.E.D.H. de dicha provincia.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha calificado a todas las personas privadas de libertad, ya sea en unidades penitenciarias, centros de reeducaciones de menores de edad o personas con sufrimiento mental, como grupo vulnerable en la medida en que se encuentra bajo la exclusiva custodia del Estado, y como consecuencia de ello ha sostenido que las obligaciones de este, en relación con el artículo en estudio, no se limita exclusivamente a obligaciones de carácter negativo, consistentes en la no aplicación de la tortura y/u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sino también especialmente positivas, como aquellas destinadas a evitar el hacinamiento, generar condiciones mínimas de higiene y salubridad, condiciones dignas de alojamiento, asistencia adecuada de la salud incluyendo el derecho a elegir un facultativo de su confianza; en el caso de menores detenidos el derecho de acceso a la educación, por ejemplo (Corte IDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, párr. 150 y cons.; Caso Montero Aranguren y otros [Retén de Catia] vs. Venezuela, sentencia del 5 de julio de 2006, párr. 85 y sgts.; Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrs. 95 y sgts.; Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia del 1º de febrero de 2006, párrs. 104 y sgts.; Caso Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrs. 147 y sgts.).

La CSJN ha dicho que "Concierno a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en que se encuentran

la resolución de los conflictos sociales, o generando condiciones de seguridad para todos, o generando servicios de salud eficientes, debidamente equipados y de acceso generalizado o creando servicios adecuados para la atención efectiva de enfermos de diversas categorías (agudos - crónicos - terminales - diversos sufrimientos mentales - capacidades diferentes) o reduciendo la pobreza y los efectos del hambre, o ejerciendo efectivamente su poder reglamentario normativo. En síntesis, la remoción de los obstáculos, que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato en materia de salud, lo que, de no ser así, en definitiva, concluye devorándose el derecho a decidir.

El derecho a la integridad personal

En primer lugar, cabe señalar que, entre otros, el art. 5.1 de la CADH reconoce a toda persona el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Es decir que se reconozca a la persona en su indivisibilidad e intangibilidad como tal. Es decir, como un ser único e irrepetible.

La principal violación a dicha integridad está constituida por la práctica de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes.

La prohibición absoluta de la Tortura se encuentra presente en nuestra Constitución histórica, en el art. 18, al disponer que "quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento y los azotes". Es dable señalar la amplitud en que está redactada la previsión constitucional, que nos permite, sin esfuerzo, incluir en él toda forma de tormento, en todo tiempo, es decir, pasadas y actuales o futuras (ya que lamentablemente hay que afirmar que las mismas se han ido refinando en brutalidad y sadismo) y además, su mención de los azotes nos permite advertir la intención del constituyente de limitar el tipo de penas aplicables y que las mismas no deben infringir sufrimientos que afecten la integridad de la persona humana. Ello se corrobora con la previsión siguiente respecto a las cárceles (lugar de cumplimiento de las penas) las que deben ser "sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice".

Tales antecedentes se compatibilizan perfectamente con las previsiones que sobre la materia contienen los tratados internacionales, constitucionalmente jerarquizados (art. 5 de la CADH; arts. 7 y 10 del PIDCP; y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) y otros tratados sobre la materia ratificados por la Argentina, como la Convención Interamericana contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes o el Pacto de Roma de 1998 de creación del Tribunal Penal Internacional que tipifica la tortura como delito de Lesa Humanidad.

En el marco descrito, podemos aproximar una definición de tortura, conforme los términos del art. 1º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, individualizando sus elementos constitutivos:

En principio es tortura "Todo acto que infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales". Por ende exige: una conducta dolosa; contra una persona; que infrinja dolores o sufrimientos graves; sean estos físicos o mentales.

En general, se identifica la tortura con la producción de dolores físicos o sufrimientos psíquicos intensos. Ello permite distinguir a ésta, de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Básicamente, siguiéndose la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha señalado que las torturas se caracterizan por la intensidad mayor de los sufrimientos infringidos, subrayándose su carácter de tratos inhumanos deliberados que provocan sufrimientos muy graves y crueles (TEDH, sentencia del 18 de enero de 1978, párr. 167). Aunque la doctrina internacional ha señalado que: "Hay además una tendencia manifiesta tanto en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos como de la CIDH, de hacer caso omiso de la distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Muchas veces los hechos son calificados de violatorios del art. 7 del PIDCP o del art. 5.2 de la Convención, sin precisar si se considera tortura u otro tipo de hecho violatorio de la Integridad personal. Por otra parte existe una tendencia reciente a identificar los tratos o penas crueles inhumanos o degradantes como un tipo específico de violación" (O'Donnell Daniel, 173/174). Nuestro Código Penal prevé tanto los tormentos físicos como psíquicos. La jurisprudencia internacional también a reconocido la vulneración del art. 7 del PIDCP y del art. 5 de la CADH, en los casos de infringirse sufrimiento moral o psicológico (Comité de Derechos Humanos, Caso Estrella c. Uruguay, párr. 8.3; Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, párr. 156). Que además se ha señalado que la prohibición absoluta de la tortura es una regla del derecho internacional imperativo y que genera obligaciones erga omnes (CIDH, Caso de las situaciones de los solicitantes de asilo en Canadá, párr. 118 [2000]).

Que asimismo se establecen *las fines o razones que la motivan*: Obtener de la víctima, o un tercero, información o una confesión - castigarla por un acto que haya cometido o se presuma que ha cometido - intimidar o coaccionar a esa persona o a otras - o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

Que finalmente, *se individualiza al sujeto activo o posible autor* de las mismas: un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. Cabe destacar que nuestro Código Penal también incluye como autor a particulares que ejecuten los actos descritos en el tipo penal, aunque a los fines, exclusivos de la Convención, esta responsabilidad se encuentra circunscripta a funcionarios públicos o a personas en el ejercicio de funciones públicas, lo

lio de esta posición el derecho a la dignidad y el de calidad de vida, como complementarios de su habilitación. Ello no enerva el poder reglamentario estatal, a fin de imponer condiciones razonables a su ejercicio (p. ej. ley holandesa del 1º de diciembre de 1993 que determina los requisitos que las prácticas eutanásicas deben reunir para que no sean condenadas, Florencia Luna, 123, Nota Nº 8), o en su caso, su examen por el órgano jurisdiccional competente, pero que de modo alguno pueden conducir a desnaturalizar tal derecho.

- d) Conforme lo antedicho considero también constitucionalmente válida la expresión previa de voluntad respecto a decisiones sobre tratamientos futuros de quien, luego, se encuentra en estado de inconsciencia. Dicha manifestación de voluntad, preferentemente, deberá hacerse constar en instrumento público. Si bien ello se inscribe dentro del principio de autonomía de voluntad y de la zona de reserva constitucionalmente protegida, es recomendable que sea reglamentado por ley. Mientras ello no suceda, y contradiciendo jurisprudencia reciente sobre el tema de la SCJBA ("S. M. d. C. Insania", Causa 85.627, en www.diariojudicial.com IDNoticia_Cabecera=24432) considero que, aun ante la inexistencia de la denominada "Testamento Vital", o instrumento público que acredite tal expresión en forma fehaciente, la voluntad del paciente, puede ser demostrada por cualquier medio de prueba. En el marco provincial se han creado Registros de Actos de Autoprotección, en el ámbito de los Colegios de Escribanos o de los Ministerios de Salud, en las provincias del Chaco (ley 6212), Neuquén (ley 2611), Río Negro (ley 4263), Santa Fe - 2ª Circunscripción, Buenos Aires y San Juan. A su vez la ley nacional 26.529 (art. 11) reconoce, como derecho del paciente, la disposición de directivas anticipadas vinculadas con su salud, las que serán obligatorias para su médico, salvo que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán por inexistentes.
- e) Queda por analizar la cuestión vinculada con la potestad del representante legal en relación con la aceptación o suspensión de un tratamiento determinado, frente a la persona declarada legalmente como incapaz o en relación con el paciente en estado de inconsciencia, que no haya previamente manifestado su voluntad. A este respecto, cabe distinguir la situación del incapaz legal (menoresdementes), en cuyo caso, cabe tener presente las reglas contenidas en el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, que son: Que la decisión redunde en beneficio directo del incapaz, que sea dispuesta con autorización de su representante y que, la persona afectada intervenga, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. Dicha autorización también podrá ser retirada en interés del incapaz (arts. 6 y 7). Ello sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público, de corresponder. De la situación de quien se encuentra incapacitado de expresar su voluntad al momento de la intervención, para lo cual, también del referido Convenio surge el principio de que se tendrá en cuenta los deseos expresados con

anterioridad (art. 9). En este último caso la situación se complejiza cuando, no existe tal expresión de voluntad previa, de carácter fehaciente, y además, no está fijada por ley la existencia de un representante legal que con carácter excluyente pueda expresar la voluntad del paciente, ni está reglamentado legalmente el ejercicio de tal posibilidad: A dicho respecto considero aplicables las siguientes reglas: Considero, en principio, legítima la expresión de voluntad del representante; tengo en cuenta para ello, que la situación de conflicto involucra tanto al paciente como a sus familiares y allegados directos como sujetos de derecho; que por aplicación del principio de los actos propios, quien guarda silencio ante una situación que puede calificarse como previsible, tácitamente, habilita que otro, en tal circunstancia, resuelva por él; y que la prohibición absoluta del representante a decidir vulnera su propio ámbito de libertad constitucionalmente protegido; que la legislación sobre patria potestad o matrimonio civil, por ejemplo, genera obligaciones en relación a la salud del hijo o del cónyuge, entre los cuales, puede incluirse el de evitarle sufrimientos innecesarios que pueden afectar su dignidad como persona). Que a los fines de la determinación de tal representación deberán aplicarse, en principio, las reglas generales en materia del Derecho de Familia o de matrimonio igualitario (prevalencia de la decisión de los padres con relación a los hijos; prevalencia de la decisión entre cónyuges; prevalencia de la decisión de los hijos con relación al padre o madre viudos; etc.). Para el caso en que la representación sea válidamente ejercida por dos o más personas en igualdad de derechos, y existe divergencia, podrá recurrirse a la intervención de los Comités de Ética Hospitalaria o al órgano jurisdiccional competente, para que procure un acuerdo o resuelva la disidencia. Todo ello, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público, de corresponder.

Un avance de interés a nivel jurisprudencial puede advertirse en el voto de la Dra. Kogan en el precedente de la SCBA "S. M. de C. s/ Insania", Ac. 85.627, que admite la decisión de los parientes, de pacientes en estado de inconsciencia, frente a tratamientos extraordinarios, y con acuerdo del Comité de Bioética Hospitalaria y el equipo médico, en la medida en que dicha decisión resulte coincidente entre los mismos.

- f) Finalmente es recomendable su reglamentación legal, en términos razonables, que podrá incluir la mención de requisitos necesarios para su ejercicio, sin que ello represente, de modo alguno, tornar obligatorio un obrar, en detrimento de las creencias religiosas o las convicciones éticas o morales de la persona habilitada a decidir.

La acción firme y decidida del Estado debe estar dirigida a la creación de las condiciones necesarias, a fin de que la vida no sea sacrificada arbitrariamente, evitando los abusos de los servicios de seguridad o penitenciario o de las Fuerzas Armadas, y la represión indiscriminada como método para

de la autonomía de la voluntad y del consentimiento informado (Florencia Luna, 109 y 114). Finalmente, cabe diferenciar también, como alternativa a la eutanasia, los denominados tratamientos paliativos, consistentes en la asistencia médica de los enfermos terminales, a fin de disminuir sus sufrimientos y no alargar innecesariamente su vida. También es dable señalar que, con respecto a la eutanasia pasiva, para algunos autores sólo se vincula ella con la aceptación o no de una terapéutica determinada, ya sea por la voluntad del paciente competente (voluntaria) o por la de su representante legal (involuntaria) (Criterios de acción u omisión) y para otros, también incluye, por ejemplo, el retiro del respirador (criterio ambiguo de pasividad) (Florencia Luna, 111 y nota N° 7). Esto último además, se vincula con la diferencia entre tratamientos ordinarios (como aquellos que no siendo demasiado dolorosos y/o costos, ofrecen posibilidad de cura) y los extraordinarios, que no responderían a dichos parámetros, o son de alta complejidad tecnológica (aunque este último criterio también puede resultar conflictivo) (Florencia Luna, 112).

En relación a la *negativa de aceptar una terapéutica determinada por el paciente competente*, la jurisprudencia ha entendido que ello se inscribe en el respeto de la dignidad de la persona humana que exige se respeten sus decisiones personales, su propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte el bien común; la intimidad y privacidad es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad. (Juzg. Crim. y Correcc. N° 3 Mar del Plata, Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos s/ Presentación, 18-09-1995, Considerando 8, en Travieso, J. A., "Derechos Humanos y Jurisprudencia", págs. 312/313). Por otra parte si dicha negativa se da en razón de convicciones religiosas, a tales derechos y libertades debe sumarse el derecho a la libertad religiosa y el derecho al ejercicio de la objeción de conciencia en el marco de lo dispuesto en los arts. 14, 19 y 20 de la Const. Nac. (Voto Dr. Ojea Quintana). La referida práctica contrariando la voluntad del paciente y ocultando judicialmente tal específica circunstancia genera el derecho a una indemnización por daño moral (CNCiv., sala I, 31-05-2007, G. C. L. c. Mediconex SA, DJ 2007-2-1337, con nota de Félix Trigo Represas, Rev. del 05-09-2007).

El Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales sobre los Países Bajos (2001) al analizar una ley del país, sostuvo: "En particular, un médico no debe ser sancionado cuando pone fin a la vida de una persona 'a petición voluntaria y bien fundada' de ésta, y cuando ésta padece una situación de 'sufrimiento insoportable' que 'no ofrezca perspectivas de mejora' ni 'otra solución razonable'" (párr. 5.b). Sin perjuicio de lo cual exhibió su preocupación frente a la posibilidad de que pueda no detectarse ni impedirse situaciones en que pueda ejercerse una indebida presión que haga eludir esos criterios; que la práctica pueda transformarse en habitual y no se apliquen estrictamente los requisitos y en el caso del consentimiento de menores de edad (párr. 5.c y d).

Sin dejar de reconocer las dificultades que el tema genera, y que nuestra legislación penal tipifica la instigación o la ayuda al suicidio, si el suicidio se hubiese tentado o consumado, trataré de expresar, en líneas generales, mis puntos de vista sobre la cuestión:

- a) Inicialmente, considero que hay que reflexionar sobre el grado de intervención del Estado en el proceso de toma de decisiones, a tenor de lo dispuesto por el art. 19 de la C.N., el art. 11.2 de la CADH y el art. 17.1 del PIDCP, que prohíben las injerencias arbitrarias, ilegales o abusivas en la vida privada y familiar, y que establecen que los actos privados que no ofendan la moral y el orden público no generen perjuicio a terceros, se encuentran exentas de la autoridad de los magistrados. En términos generales cabe calificar a ésta de débil o secundaria, frente a la voluntad expresa de la persona. A veces se utiliza el argumento, en términos absolutos, de que el Estado está obligado a garantizar el derecho a la vida a toda persona, a este respecto sostengo que, conforme surge del art. 4.1 de la CADH y el art. 6.1 del PIDCP, tal obligación, especialmente, se encuentra centrada en que nadie sea privado de la vida arbitrariamente, sin que ello represente autorizar la invasión del ámbito de reserva que la propia Constitución consagra, y a la preservación y ejercicio del derecho a su propia dignidad como persona.
- b) Desde este punto de vista, el respeto de la autonomía de la voluntad, conforme ya se encuentra reconocido por la jurisprudencia en reiterados fallos, y también lo hace el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de la Unión Europea, en el sentido de resolver sobre la aceptación o no de una terapéutica determinada, o su posterior suspensión, debe primar. Del mismo modo considero debe resolverse la eventual tensión entre la obligación médica de curar y preservar la vida y la autonomía de la voluntad del paciente, cediendo la primera a favor de la segunda, sobre la base de un nuevo modelo de relación médico-paciente, superadora del modelo paternalista. (Florencia Luna, 42-43). (Lo que algunos autores denominan Eutanasia pasiva voluntaria u otros prefieren distinguir, no incluyéndola dentro de la categoría eutanásica, como derecho a elección de una terapéutica determinada o su rechazo o suspensión). En este sentido la ley 26.529 publicada el 20-11-2009, claramente ha reconocido el derecho del paciente competente a decidir la aceptación o no de una terapéutica determinada o procedimientos médicos o biológicos, o en su caso revocar la autorización oportunamente acordada, sin expresar motivo alguno. Se garantiza la intervención de niños, niñas y adolescentes en la toma de estas decisiones en los términos de la ley 26.061 (art. 2.e).
- c) En el contexto de los expresado en a) considero que la eutanasia activa voluntaria, resulta admisible y constitucionalmente protegida por el ámbito de reserva, no constituyendo "per se" una forma arbitraria de privación de la vida. Podemos también referenciar en auxi-

yente tuvo en consideración para ello, la historia inmediata, caracterizada por el ajusticiamiento del adversario político, por el solo hecho de tal y haber sido vencido, que se pretendía desterrar a través de la nueva organización constitucional. Hay dos criterios para la determinación de la existencia de los denominados delitos políticos (Quiroga Lavié, 114), uno objetivo: Es aquel cometido contra los poderes públicos y el orden constitucional (hoy considerados delitos constitucionales a partir de lo dispuesto por el art. 36 de la C.N.), y otro subjetivo: Es decir, cometidos por razones o motivos políticos, y que involucra a los denominados delitos "conexos" con los políticos. De no ser por la incorporación de la regla de progresión abolicionistas, y las consecuencias que ello produce en el caso particular de nuestro país, a mi entender, resultaría, además, contradictorio que los delitos "más graves" para la Constitución (art. 22, 29 y 36 de la C.N.) quedarán exentos de la aplicación de la pena "más grave", prevista por la ley, aunque se consideren delitos de naturaleza diversa. Por otra parte, conforme el principio aquí analizado, siendo los delitos de sedición y de rebelión, delitos políticos en sentido objetivo (Quiroga Lavié), la previsión actual del Código de Justicia Militar, única normativa que admite esta pena, por la comisión de los mismos, a mi entender, resulta inconstitucional, por vulnerar la prohibición del art. 18. Mediante ley 26.394 publicada en 29-08-2008 se procedió a la derogación del Código de Justicia Militar y a la reforma consiguiente del Código Penal y del Código Procesal Penal de la Nación, con la cual quedó definitivamente erradicada la pena de muerte en la Argentina. Asimismo, con fecha 05-09-2008 la Argentina procedió a ratificar el Protocolo Facultativo de la CADH sobre la abolición de la pena de muerte, lo que reafirma el compromiso del país en su no reinstauración.

El principio de progresividad abolicionista de la pena de muerte, surge de las disposiciones del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de analizar los alcances de la misma, inicialmente, en la Opinión Consultiva N° 3, del 08-09-1983. En la misma ha sostenido que la prohibición contenida en el art. 4.2, de no extenderla a otros delitos a los cuales no se aplique actualmente, y en el art. 4.3, de no poder restablecerla en el caso de encontrarse abolida, expresan una clara "tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte" que refleja "una clara nota de progresividad" (párrs. 56-57). En el caso particular de la Argentina, y por aplicación de la prohibición contenida en el art. 4.2 de la CADH, no estando contemplada la pena en nuestro Código Penal, la misma no puede ser restablecida en la referida normativa de derecho común. Entendemos no es de aplicación la cláusula abolicionista por el antecedente del Código de Justicia Militar antes referido, ello hasta la fecha de su derogación (2008).

Sin perjuicio de ello, además la Convención Americana contiene, conforme lo señala la Corte Interamericana, otros tres grupos de limitaciones, vinculados con su aplicabilidad, en los casos en que no ha sido abolida la misma. Ellas consisten en: Su aplicación debe estar rodeada por la aplicación de las garantías mínimas de carácter penal, garantizadas por los arts. 8 y 9 de la Convención Americana; que tal pena sólo podrá ser aplicada a los

delitos más graves (art. 4.2); que la excluye en forma absoluta con relación a los delitos políticos y a los conexos con los políticos (art. 4.4) y por otra parte, prohíbe su aplicación en relación con las personas que, al momento de su comisión, sean menores de 18 años o mayores de 70 años, y a las mujeres en estado de gravidez (art. 4.5) (párrs. 53-55). Recientemente la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió la inaplicabilidad de la pena de muerte a menores de 18 años, afirmando que dicha edad es la línea que traza la sociedad para muchos fines entre la infancia y la adultez (en *diariojudicial.com*. IDNoticia_Cabecera=24656). Por otra parte cabe señalar que, conforme lo dispone el art. 4.6, toda persona condenada por sentencia firme, tiene derecho a solicitar los beneficios de la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, cuya admisibilidad habilita, limitando la ejecución de la pena de muerte hasta el momento en que dicho pedido sea resuelto efectivamente por la autoridad competente.

Por otra parte, la Corte Interamericana ha considerado, en reiterados fallos que la desaparición forzada de personas, por las características propias de su metodología (frecuencia de la ejecución de los detenidos, sin juicio previo, el ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar su impunidad) constituye una "brutal violación al derecho a la vida" consagrado en el art. 4.1 de la CADH (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29-07-1988, párr. 157), lo que se agrava aún más en los casos en que su práctica es sistemática (párr. 188). Más recientemente la Corte Interamericana resolvió que la ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago de 1925, que establece la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional, no permitiendo tomar en consideración ni las circunstancias particulares del delito ni las condiciones personales del justiciable, y que impone de manera mecánica y genérica la aplicación de la pena de muerte a todo culpable de homicidio intencional y que impide que la misma pueda ser modificada por la vía de la revisión judicial, constituye una violación a los art. 4.1 y 4.2 de la CADH, sosteniendo que la privación arbitraria de la vida también se configura, como en el caso, cuando su aplicación no se ciñe a las disposiciones del art. 4.2 de la misma, es decir, "cuando ésta se utiliza para castigar delitos que no presentan las características de máxima gravedad" (Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, sentencia del 21-06-2002, párrs. 104 y 106 y 108).

Pasaremos a continuación a analizar los problemas constitucionales vinculados con el ejercicio de la eutanasia y del suicidio asistido. Inicialmente, efectuaremos una aproximación conceptual en relación con las decisiones de muerte. Paradigmáticamente, se entiende que hay suicidio asistido en el caso del paciente que pone fin a su vida con una dosis letal de una medicación prescrita por su médico con la intención de ayudarlo y que hay eutanasia activa cuando, a pedido del paciente, el médico le administra dicha dosis letal con el fin de evitarle un sufrimiento mayor. Por otra parte, se entiende que la eutanasia es pasiva al no administrarse el tratamiento requerido. Finalmente, debe distinguirse esta última situación, de los casos de rechazo voluntario de un tratamiento, por parte del paciente, en ejercicio

Por otra parte la jurisprudencia ha señalado, en relación con la perspectiva bioética del derecho a la procreación, "Que ha de encuadrarse en el de una 'procreación responsable', en el contexto de una ética de la responsabilidad, y con una apelación a la libertad de conciencia de las personas directamente involucradas, en orden a lo que también se ha denominado el respeto a las condiciones humanas de la procreación, conforme las cuales, en determinadas circunstancias, el derecho de tener un hijo se transforma en el deber de no tenerlo". Y sobre cuya base se ha autorizado la realización de "Ligadura Tubaria" (Juzg. Crim. y Correcc. N° 3 Mar del Plata, 23-10-1996, N., M. H., DJ 1997-2-685).

Recientemente la Cámara de los Lorea, en Inglaterra, legalizó una forma de reproducción in vitro, mediante la cual se obtienen células compatibles en el hermano por nacer, con otro que padece una grave enfermedad en la sangre, a fin de poder realizar un trasplante en éste de células del cordón umbilical, del primero, a fin de preservar su salud y su derecho a la vida. La discusión central gira en torno de si tales técnicas reproductivas pueden ser utilizados en beneficio único de la persona por nacer en respeto de su dignidad e individualidad, y del derecho de la mujer a poder procrear, o si es legítimo preservar la vida y la salud de otro, a partir de esa vida por nacer, transformando a éste, según tales opiniones, en "un medio" y no en un fin en sí mismo. (Diario Página 12 del 29-04-2005, págs. 16/17). Desde mi perspectiva, como lo he expresado en relación al tema del aborto, no existe una relación de absoluta preeminencia de los derechos de la persona por nacer, con respecto a la ya nacida, y más aún, en casos como el presente, donde el derecho a la vida de la persona por nacer ni siquiera está en juego, no considero que, en una sociedad democrática, donde la dignidad de la persona perfectamente puede asociarse con valores como la solidaridad, tanto individual, como familiar y social, en el ejercicio del derecho a procrear, puede vulnerar la Constitución y los derechos humanos, cuando el peligro para la vida y la salud de la persona viva, con la cual, además, se guarda una relación de parentesco sanguíneo directo, es grave, como lo es, en el caso en análisis.

Que la jurisprudencia nacional ha avanzado en el reconocimiento de la cobertura de los procedimientos de reproducción asistida por parte de las obras sociales, en base a la protección constitucional y de los tratados internacionales jerarquizados del derecho a la salud, la necesaria implementación de acciones positivas desunadas a su efectivo goce, y la obligación del órgano jurisdiccional de hacer efectivos los principios constitucionales (CEA - Córdoba, "A., J. A. y otra s/Amparo", 23-12-2010, Revista DEC On Line, Fallo 41510 y su cita CEA - Mar del Plata, "G., S. C. y otro c/ SUMA s/Amparo", 28-10-2010).

El tercer aspecto sujeto a controversia está vinculado con la conclusión de la vida. Si bien existe, por ejemplo, en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 12.1) una definición más precisa de la protección de la vida, desde la concepción hasta la muerte natural; lo cierto es que nuestra Constitución federal carece de una definición de esta naturaleza. Ya nos

hemos referido a la cuestión del comienzo de la protección del derecho a la vida, ahora nos adentraremos al análisis de los conflictos que se generan, en relación con su finalización.

Desde el punto de vista clínico, tradicionalmente, se ha certificado la muerte con el paro cardiorrespiratorio. Pero esta concepción cayó en crisis cuando, por las nuevas tecnologías médicas, la vida puede prolongarse, casi, indefinidamente. De allí que comenzó a redefinirse la muerte en relación con las funciones cerebrales. Ello permite la desconexión del respirador de personas con muerte encefálica y la posibilidad de la donación de órganos cadavéricos. Es la definición clínica de muerte más aceptada en la actualidad. Finalmente, un tercer criterio refiere a la muerte neocortical, o de las funciones superiores del cerebro, vinculados con las funciones racionales, de comunicación y de relación con los otros, entendidas como las características propias de toda persona. La definición de muerte que utilicemos tendrá especial importancia, principalmente, en relación con las cuestiones vinculadas con la interrupción de la asistencia mecánica, la que no genera, después de la muerte, cuestión jurídica o ética alguna, como en relación a lo que entendamos por muerte natural, es decir, cuál es el momento en que la misma se produce y puede ser legalmente certificada.

Por otra parte, la finalización de la vida, entendida ésta como muerte natural, plantea también divergencias en torno de instituciones jurídicas distintas, como la pena de muerte, la eutanasia y el suicidio asistido.

Comenzaremos por la pena de muerte, ya que se trata de la forma de interrupción de la vida (no natural) más generalmente admitida en su legalidad, es decir, como sanción penal, a pesar de lo cual, tampoco ha sido pacíficamente admitida, y por otra parte, contemporáneamente, existe una tendencia, no exenta de conflictos y contramarchas, hacia su abolición. Es evidente que en la medida en que, en determinados sectores sociales, predominan criterios autoritarios y fascistoides para la resolución de los conflictos y las desigualdades sociales, la "solución final" de la represión, llegando hasta la eliminación física, constituirá una alternativa "posible", que un sistema auténticamente democrático (ver Módulo IV) no admite. La pena de muerte responde a los criterios punitivos de la Ley del Talió, "ojo por ojo, diente por diente, vida por vida". Criterio éste que modernamente entró en crisis, a partir del desarrollo de una teoría penal destinada a rescatar un fin resocializador y correctivo de la pena, para la cual, por antonomasia, la pena de muerte es su negación. Por otra parte, desde el punto de vista ético, moral o religioso, se cuestiona la autoridad de un hombre de disponer de la vida de otro hombre, aun por causas legítimas (la comisión de un delito).

Nuestro sistema constitucional, con toda evidencia, a partir de la reforma de 1994, ha incorporado el criterio de progresividad abolicionista frente a la pena de muerte, el que a la fecha ha evolucionado hasta la erradicación definitiva de la pena de muerte de nuestro sistema legal.

La Constitución Nacional de 1853, en su actual art. 18 incorporó la prohibición de la pena de muerte por causas políticas. Claramente el constitu-

Problemas vinculados con la prohibición de experimentos médicos y científicos sin consentimiento. Es decir, la posibilidad de que puedan implementarse programas eugenésicos, ajenos al tema específico de la infertilidad, apartándose de fines terapéuticos, con el objetivo de obtener niños de determinada "calidad".

Problemas vinculados con la práctica encubierta de abortos: Principalmente, en el proceso de seguimiento y a los fines de controlar la posibilidad de nacimientos múltiples.

Problemas vinculados con el status jurídico de los embriones: A partir de la práctica de su congelamiento (criopreservación) y su sobreproducción. Su eventual destrucción o donación a terceros. Y colateralmente, los problemas vinculados con procreación a través de embriones, óvulos o espermia perteneciente a personas ya fallecidas.

Es indudable que las Técnicas de Procreación Asistida exigen una regulación legal que tome en cuenta estos, como otros posibles problemas, regulando el derecho a procrear en condiciones de igualdad y sin discriminaciones, pero que a su vez, precise las técnicas autorizadas y los derechos y deberes emergentes de su utilización.

Podemos dar ejemplo de ello, citando la legislación francesa sobre la materia, representada por las leyes del 1º de julio de 1994, y las leyes del 29 de julio del mismo año, relativas al respeto del cuerpo humano y sobre la utilización de elementos o productos del cuerpo humano, cuya conformidad con la Constitución fue declarada por el Consejo Constitucional el 27 de julio del mismo año. Es dable recordar aquí los derechos y principios fundamentales, que el referido fallo del Consejo Constitucional entendió implicados y que afirma deben ser respetados por una legislación de esta naturaleza, a los fines de constituir en su conjunto, un adecuado respeto de la dignidad de la persona humana, ellos son: la primacía de la persona humana; el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida; la inviolabilidad e integridad del cuerpo humano y la ausencia de carácter patrimonial, así como la integridad de la especie humana (Leclercq, 222/223). Como asimismo la decisión de la Cámara de Casación Francesa (1991) en el sentido de considerar contrario a la indisponibilidad de los cuerpos humanos y a la indisponibilidad del estado civil de las personas, la técnica de reproducción asistida de la madre sustituta, aclarando posteriormente que resulta indiferente que dicho contrato se efectúe a título gratuito (1994) (Leclercq, 223/224).

Por otra parte, el Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Consejo de Europa, Unión Europea, 19-11-1996). El mismo confirma estos principios y derechos fundamentales, de respeto a la dignidad e identidad del ser humano, sin discriminaciones, a su integridad y a los derechos y libertades fundamentales (art. 1º). Se prohíbe expresamente la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo (art. 14). Se fijan las condiciones necesarias a fin de permitir la experimentación científica con

personas (art. 16), como asimismo, las condiciones necesarias para el caso de que la persona no tenga capacidad de expresar su consentimiento en un experimento (art. 17). Se fijan límites a la experimentación con embriones *in vitro* y se prohíbe la constitución de embriones humanos con tales fines (art. 18). La prohibición de que el cuerpo humano y sus partes, como tales, puedan ser objeto de lucro (art. 21). El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidas, p. ej. en los arts. 14, 16, 17, y 21 no pueden estar sujetas a restricciones (art. 26). Por otra parte, mediante un protocolo facultativo del 12 de enero de 1998, y vigente desde el 1º de diciembre de 1999, se prohíbe la clonación de seres humanos (Leclercq, 227).

Si bien la ley nacional 25.673 que crea el programa nacional de salud sexual y procreación responsable en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, no contempla, entre sus objetivos, el acceso a formas asistidas de procreación, en la Provincia de Buenos Aires, mediante ley 14.208, promulgada mediante decreto 2738 del 22 de diciembre de 2010, se reconoce la infertilidad humana como una enfermedad y se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por la Organización Mundial de la Salud (arts. 1 y 2). Son objetivos de la presente ley conforme su art. 3:

- a) Garantizar el mayor nivel de tratamiento médico asistencial integral dentro del ámbito de las parejas que padezcan esta patología, para la procreación de un hijo biológico.
- b) Regular, controlar y supervisar los centros médicos que realicen tanto los diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y los procedimientos de la fertilidad asistida.
- c) Elaborar estadísticas para el conocimiento, estudio y seguimiento de esta problemática, a través de la Autoridad de Aplicación.
- d) Efectuar campañas de información y prevención en todo el ámbito del territorio provincial a fin de informar a la población de las posibles causas de esta enfermedad y los tratamientos existentes para lograr el embarazo y llevarlo a término.
- e) Propiciar el desarrollo de centros de referencia de procreación humana asistida integral en efectores públicos, cuyo número y ubicación definirá la Autoridad de Aplicación con miras a facilitar el acceso a la población de todo el territorio provincial.
- f) Capacitar, por intermedio de la Autoridad de Aplicación, a los Recursos Humanos para lograr su especialización, dentro y para los efectores públicos de salud.

En su art. 4 establece la obligación del sector público provincial de cubrir las referidas prácticas, a los habitantes con dos años de residencia en la provincia, y preferentemente, a quienes carecen de cobertura médico asistencial.

en los términos del dec.-ley provincial 10.037—, Expte. 138.377. Registrada bajo el N° 16 (S), F° 70/112, de fecha 21-02-2007). (C2° Civ. y Com., Paraná, Sala I, 07-09-2007, Defensora de P. y M. N° 2, Df 2007-3-1033). Por su parte la doctrina internacional, al interpretar la expresión "en general desde la concepción" del art. 4 de la CADH a dicho que "otorga a los Estados un margen para adoptar legislación que permita el aborto en determinadas circunstancias." (Daniel O'Donell, 99).

Por lo hasta aquí expresado, entiendo que si bien la protección de la vida desde la concepción exige, por regla general, priorizar el derecho a la vida de la persona por nacer, ello no impide sea considerado también como relativo, conforme la regla general, y que como tal, en determinadas circunstancias: violación - severas malformaciones físicas - inviabilidad del feto - peligro para la salud e integridad física y psíquica de la madre, incluyendo su posible afectación del derecho a la vida - severa afectación del proyecto de vida de la madre (como por ejemplo cuando es el hombre quien decide dejar sola a ésta frente al embarazo) - graves problemas socioeconómicos que afecten seriamente la calidad de vida de la madre o del feto, entre otras posibles de idéntica gravedad, resulte viable el aborto, sin que ello represente violación a la Constitución.

Por lo expuesto considero que la despenalización del aborto, en relación a la mujer embarazada, es constitucionalmente viable, coincidiendo para ello, además, con lo sostenido por Jiménez (160-11), de que el aborto no constituye un delito constitucional. Además es, desde mi perspectiva, socialmente deseable, a tenor de las graves consecuencias que la clandestinidad del mismo provoca, principalmente, en relación con las personas de escasos recursos y que, conforme bien señala Quiroga Lavie (179) ello no ha impedido que se produzcan más de trescientos mil abortos por año en el país, cifra ésta más que significativa.

No está de más señalar que, la habilitación de la legalidad del aborto en determinadas circunstancias (que responden a criterios de razonabilidad que no vulneran el principio de igualdad ante la ley — y que reafirman el carácter relativo de los derechos— Ver Módulo V), no impone, de modo alguno, la elección de tal alternativa a aquellos que, ya sea por sus convicciones morales, éticas o religiosas, lo consideren violatorio de sus convicciones más íntimas. Además, frente a una forma de vida democrática (Ver Módulo IV) la posibilidad de elección (el pluralismo) es la regla y la prohibición absoluta una situación excepcionalísima, por su clara raíz autoritaria.

Además, lo expresado de modo alguno representa soslayar la necesidad de políticas públicas firmes tendientes a garantizar la salud reproductiva, la planificación familiar y la educación sexual, y la efectividad de su acceso, en especial, con relación a la vasta población afectada por la pobreza y la marginación social, que aseguren una adecuada calidad de vida. Su realización constituye una franca y sincera defensa del derecho a la vida.

La reproducción asistida. Entendemos como técnicas de reproducción asistida a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida,

pueden remplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción (Flores Luna, 229). Desde la perspectiva del derecho a la vida, y su protección desde la concepción, el tema central de controversia que generan estas técnicas, es la posibilidad de que el proceso reproductivo comience fuera del seno materno, aunque, como veremos a continuación, no es el único. Ello ha generado un primer debate vinculado con el carácter no natural de la reproducción asistida, y como tal, su rechazo, partiendo de interpretaciones provenientes de la religión, fundamentalmente.

Existe una diversidad de técnicas que, a su vez generan una diversa intensidad de cuestionamientos. Podemos enunciarlos del modo que sigue: *Inseminación artificial:* Sustituye la relación sexual, y se puede realizar con esperma de la pareja o de un donante. *Fecundación In Vitro:* Se extraen óvulos de la mujer para colocarlos en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las Trompas de Falopio y a esta solución se le agrega el esperma. La fertilización se realiza en un tubo de vidrio en el laboratorio. El óvulo fertilizado se introduce por la vagina en el útero y cuando el embrión se implanta en la pared del útero hay embarazo. *Transferencia intratubaria de gametas:* Consiste en la transferencia de dos óvulos junto con esperma en un catéter, por medio del cual se colocan en el tercio externo de las trompas de Falopio. *Maternidad sustituta:* Consiste en la combinación de las técnicas de inseminación artificial o de fecundación in vitro con un nuevo tipo de contrato social: la gestación de un feto por parte de una mujer que, después del nacimiento, no será la madre social del bebé.

A simple vista surgen, de esta breve descripción, la diversidad de cuestionamientos e incertidumbres que tales técnicas generan, en especial, desde lo jurídico. Podemos sintetizarlas del modo que siguen:

Problemas vinculados con la filiación sanguínea: En los casos de inseminación artificial con esperma de un donante o en los casos de maternidad sustituta, se produce claramente una ruptura de la regla general de nuestro Código Civil en la materia. Y asimismo, en relación a la aplicación de normas jurídicas sobre sucesión civil.

Problemas vinculados con el derecho a la identidad: En los casos anteriores, y con relación al hijo, cuál es el nivel de información que éste tiene derecho a recibir y, en su caso, los alcances de su derecho a saber y/o requerir el reconocimiento de tal filiación. O eventualmente, la obligatoriedad de que las donaciones no sean anónimas. (Podemos hacer aquí una relación analógica con respecto al derecho a la identidad en el marco de la adopción plena, en nuestro derecho vigente).

Problemas vinculados con el derecho a procrear: Si bien puede afirmarse que dicho derecho se encuentra insito en aquel que reconoce el de constituir una familia (sin que ello represente necesariamente referirlo exclusivamente al matrimonio legal) corresponde analizar cuál es el límite razonable a dicho derecho, sin discriminaciones y garantizando la igualdad entre hombres y mujeres.

de decidir sobre la cuestión. Por otra parte, no creo que pueda afirmarse, en términos de realidad, ni desde una perspectiva sociológica ni psicológica, que esa sanción social o esa afectación moral, sea temporal y parcial. ¿Quién puede garantizar que el sufrimiento consecuente no perdure en el tiempo o sea por toda la vida? Creo que ésta también es una afirmación de pura abstracción, que no se hace cargo de sus consecuencias reales. A esta altura de mi reflexión y conforme lo he expresado en el Módulo I y II, el principio de efectividad de los Derechos Humanos, exige una mirada sobre la realidad, cuya consideración es propia de esta disciplina.

Por otra parte, como bien lo señala Colautti (ya citado) también está en juego la igualdad entre hombres y mujeres. Afirmar, como lo hace Badeni (278-279) que "la situación de conflicto fue producida por un acto voluntario o negligente de la madre cuyas secuelas no pueden ser impuestas a la persona por nacer" es claramente discriminatoria, y por ende, desde mi punto de vista, jurídicamente inválida. Cargar toda la responsabilidad en la madre es, por una parte desconocer la naturaleza biológica de la concepción, y la responsabilidad conjunta que ello genera. En segundo lugar, obvia toda consideración a la incidencia que la conducta del hombre tiene en la toma de decisiones, en cuestión tal delicada, como la que nos ocupa.

Con respecto a la situación particular de los casos en que la mujer ha sido víctima de violación, el referido autor sostiene, para negar la legalidad del aborto: que se pretende defender la libertad sexual de la mujer que, ya de por sí, fue vulnerada; que se pretende extender los efectos de la violación a quien nada a tenido que ver con ella; y que igualmente resulta imposible reparar totalmente el daño que la mujer violada ha sufrido (Badeni-279). (Voto Dr. Pettigiani en precedente citado). En primer lugar advierto una contradicción ya que, en la primera parte de su argumentación hace hincapié en el carácter voluntario o negligente de la conducta de la madre para endilgarle responsabilidad, lo que ahora, frente a la carencia de tal voluntariedad, obvia olímpicamente. En segundo lugar, los argumentos vinculados con la lesión ya producida o con el carácter no integral de la posible reparación, lo único que hacen es confirmar la existencia misma de la violación a un derecho y la necesidad de su consiguiente reparación (Ver Módulo IV). En ese contexto, que el daño no sea mayor, también es una forma de reparar las consecuencias de la violación, no sólo a la libertad sexual, también a su honor y a su integridad física, psíquica y moral. Finalmente, considero que tampoco puede hablarse de extensión de la violación, en términos estrictos, ya que lo que se pretende dilucidar aquí, ya no es lo que respecta a la persona del violador, sino el hecho concreto de la relación entre la brutal vulneración de derechos de la que es objeto la mujer, como consecuencia de la violación y el feto que es su resultado.

Por último el tratamiento que el referido autor formula de la aplicación analógica de la legítima defensa (Badeni, 279) aparece desnaturalizada, ya que la misma se plantea como alternativa en los casos en que el feto representa una amenaza para la salud física o mental, el proyecto de vida o el bienestar de la mujer embarazada (English Jane, "Decisiones de Vida y Muerte", 209), lo

que aun puede resultar sobreviviente al acto voluntario cumplido, dejando aclarado aquí, que la mujer es inocente al igual que el feto.

Que finalmente, conforme lo expresamos al comienzo del análisis del derecho a la vida, hemos manifestado que el referido derecho implica el acceso a una calidad determinada de la misma, que en esta cuestión, tampoco cabe sea totalmente soslayado, tanto en relación con la persona por nacer como con relación a la madre.

Por otra parte, a tenor de la protección de la vida desde la concepción que establece nuestra Constitución, a través de las disposiciones del art. 75 inc. 22, considero que no resultan de aplicación (Gelli, 274-275) las conclusiones de la Corte Federal de los Estados Unidos en el caso "Roe vs. Wade", a tenor de que uno de los fundamentos principales radica en que no se puede establecer científicamente, en forma incuestionable, cuándo comienza la vida, lo que, más allá de las divergencias, nuestro bloque de constitucionalidad federal vigente define.

En síntesis, coincido, por resultar coincidentes con la posición jurídica aquí asumida, con las reflexiones éticas de Arleen Salles (171): "Afirmar la importancia de la reflexión moral en la decisión sobre el aborto no implica que la vida del embrión merece la misma protección que la vida de un adulto o un recién nacido. Pero reducir el problema a una mera cuestión de 'derecho a decidir', donde tal decisión termina trivializándose, es moralmente problemático. Para que el aborto sea una alternativa válida debe realmente ser el resultado de una decisión responsable y meditada. No toda decisión por ser libre es moral. El tema de la moralidad del aborto y el 'derecho' a decidir es serio y por ello, toda determinación con respecto a esto debe ser cuidadosamente evaluada".

En estos últimos años la jurisprudencia ha avanzado en definir la constitucionalidad de las excepciones al delito de aborto, contempladas en el art. 86 inc. 1 y 2 del Código Penal, en base a la legitimidad legislativa de resolver, frente a una determinada confrontación de derechos, por la alternativa que considere más plausible (Derecho a la vida de la mujer-derecho a la vida de la persona por nacer; libertad sexual de la mujer-derecho a la vida de la persona por nacer); el circunscribir el carácter de partes legítimas a quienes la propia ley penal nomina (persona incapaz, representante legal y cuerpo médico y/o mujer capaz-cuerpo médico, según el caso) excluyendo a otros terceros; estableciendo la innecesidad de recurrir a la instancia judicial frente al acuerdo entre personas legalmente habilitadas para decidir; la remisión a los trabajos preliminares de la Convención Americana de Derechos Humanos que prueba que la adopción de la fórmula "en general desde la concepción" se debió a la preexistencia de las excepciones a la punición del aborto contempladas en los Códigos Penales americanos (SCBA, "R. L. M. NN Persona por Nacer. Protección. Denuncia" —Ac. 98.830, 31-07-2006— Votos de la mayoría, La Ley Bs. As., año 16, n° 2, marzo 2009, pág. 146); CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala Segunda, "O. M. V. s/ Víctima de abuso sexual" —en su calidad de tribunal de Alzada del Juzg. de Menores N° 1,

la Convención sobre los Derechos del Niño, en su apartado segundo, hace referencia a que los Estados deben garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño, lo que también refuerza este concepto de calidad de vida. Al igual que el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que garantiza el derecho de toda persona a un adecuado nivel de vida, para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia. En este contexto también es dable señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en el marco del daño moral o inmaterial, entre otros tópicos, la destrucción del proyecto de vida de las víctimas y sus allegados, lo que referencia también al concepto de calidad de vida. (Conf. "Caso Villagrán Morales y otros", sentencia sobre reparaciones, 26-05-2001, párrs. 89 y 90). Ello fue ampliado al incorporar en su jurisprudencia el concepto de vida digna y la protección a grupos especialmente vulnerables, afirmando la legitimidad de las acciones positivas, en el marco de las obligaciones positivas a cargo del Estado Parte, conforme ya se señaló. (Conf. Corte IDH, "Comunidad Indígena Sawhoyanaxa vs. Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 153, y sus citas).

En segundo lugar, cabe preguntarnos sobre el comienzo de la vida. A dicho respecto, aun en cuanto surge del debate constituyente explícito una ausencia de acuerdo al respecto, que generó la disparatada referencia a la protección de un régimen social especial a favor del niño "desde el embarazo" (art. 75 Inc. 23.2) y que la Convención Americana sobre derechos humanos, refiere a la protección de la vida "generalmente" desde la concepción, lo que refleja también a dicho nivel regional la ausencia de un consenso unánime, y que el art. 1º de la Convención sobre los derechos del niño, refleja un consenso favorable al comienzo de la vida desde el nacimiento, en el sistema universal, lo cierto es que, a tenor de la interpretación que corresponde dar a la frase "en las condiciones de su vigencia", que ya hemos explicado, la declaración interpretativa formulada por el gobierno argentino al momento de la ratificación de esta última convención, en el sentido de que la protección de la vida, para nuestro país, comienza desde la concepción, el criterio, predominante sobre el tema, ubica su reconocimiento desde dicho momento. (Gelli, 273-274; Sagüés, 2-264; Badeni, 274-275; Jiménez, II-159-160). Desde nuestro punto de vista además, considerando de aplicación el principio de progresividad a los denominados derechos civiles y políticos (ver Módulo II) coincidimos con esta conclusión, en el sentido que se protege el derecho intrínseco a la vida, de la persona por nacer, conforme los términos del art. 6 de la Convención de los Derechos del Niño.

En relación a ello existe una diversidad de cuestiones de alta complejidad, de las cuales nosotros abordaremos la referida al aborto y a la reproducción asistida.

El aborto. Referimos al aborto como la terminación intencional de un embarazo. El mismo se encuentra tipificado como delito en nuestro derecho penal. En relación a este tema, personalmente considero que, el solo reconocimiento de la protección intrínseca a la vida de la persona por nacer, no

zanja definitivamente la cuestión, ya que, como bien lo señala Colautti (44) en esta cuestión, no sólo está implicado este derecho, sino también "En él están interesados, además del derecho a la vida, el derecho a la autonomía psíquica y física, el derecho a la integridad personal, el derecho a la privacidad que nuestra Constitución protege en el art. 19 y el derecho a la igualdad en las relaciones entre hombres y mujeres". Y "la libertad de elección de la mujer" (46). Que además ello debe ser examinado en el contexto de la igualdad entre derechos y su carácter relativo, como reglas generales sobre la materia que ya hemos analizado en los Módulos II y V, respectivamente.

En primer lugar, debemos expresar que desde lo personal, no compartimos los fundamentos de carácter absoluto que hacen primar, en toda circunstancia, la supremacía del derecho a la vida de la persona por nacer con relación a cualquier forma de interrupción del embarazo (Badeni, 277-279). (Voto del Dr. Pettigiani en causa 98.830, "R.L.M., NN persona por nacer. Protección. Denuncia", SCBA, 31-07-2006, La Ley Buenos Aires, Año 16, N° 2, marzo 2009, pág. 146). Inicialmente, porque no aceptamos que se trate, en sentido estricto, de una confrontación entre el derecho a la vida de la persona por nacer y formas limitativas, temporales y parciales, del derecho al bienestar de la madre. Consideramos ello un reduccionismo inadmisibles.

Recurriendo para ello a ciencias auxiliares, conforme lo hemos propuesto en nuestro enfoque interdisciplinario de la materia (Módulo I), haremos un acercamiento al concepto ético de persona. Para ello se ha señalado como características de la persona: la conciencia, el razonamiento, la actividad automotivada, la capacidad de comunicar y la presencia de autoconceptos y autoconciencia (Mary Anne Warren), y que como consecuencia de ello expresa "Ahora bien, si 1 a 5 son realmente los criterios primarios de 'persona', resulta claro que la humanidad genética no es necesaria ni suficiente para establecer que una entidad es persona" y que "...adscribir plenos derechos morales a una entidad que no es persona, resulta tan absurdo como imputar obligaciones y responsabilidades morales a esa entidad" (en "Decisiones de vida y muerte", págs. 196-198). Conforme ello, tratándose, como bien se las define, "personas por nacer", otorgar a éstas derechos de carácter absoluto, sin ser personas, resulta, en principio, un contrasentido, máxime cuando las contraponemos con derechos de quienes son incontestablemente personas. Es decir que, aun tratándose de la protección del derecho a la vida desde la concepción del feto, ello, de modo alguno concede "per se" un derecho absoluto a vivir. Por tales fundamentos tampoco compartimos que en forma absoluta el aborto conduce siempre a la destrucción de una vida humana (Badeni, 278).

En segundo lugar, tampoco compartimos que los derechos en juego de la mujer sean exclusivamente evitar una sanción moral, preservar el honor o eludir una incomodidad (Derecho al bienestar de la madre) (Badeni-278). Las estadísticas existentes sobre causa de muerte de la mujer por la práctica del aborto en condiciones de clandestinidad, consecuencia ineludible de estos criterios absolutos, dejan bien a la vista que también el derecho a la vida de la mujer está en riesgo, y debe ser tenido en cuenta al momento

mación al precepto da razón a las críticas formuladas por N. A. Calvo (1888) que al comentar la obra de Paschal, afirma que Nuestra Constitución "desnaturaliza lastimosamente" el modelo norteamericano. Ello en la medida en que la referencia a derechos "retenidos por el pueblo" es más amplia y teóricamente más eficaz, si la vinculamos con las ideas políticas de John Locke, (ver al respecto Módulo III) que la referencia de nuestra Constitución, de un carácter más estrictamente político, y por ende limitativo.

Sin embargo, mientras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos la Novena Enmienda ha tenido poca utilización (p. ej voto del juez Goldberg en "Griswold" [1965] donde interpretó que el derecho a la intimidad en el matrimonio se encontraba protegido constitucionalmente por la Novena Enmienda) a tenor de la preeminencia jurisprudencial de la teoría de la penumbra, que sostiene que resulta evidente que una libertad importante no salvaguardada específicamente por la Ley de Derechos puede hallarse en la penumbra o la sombra de una garantía específica, y por ende, estará constitucionalmente protegida como parte de esa garantía (que por ej. ubica la protección al derecho a la intimidad en la penumbra de la Décimo Cuarta Enmienda y el rubro del debido proceso sustantivo). La Corte Suprema de Justicia Nacional ha hecho hincapié en el art. 33 para el reconocimiento implícito de una diversidad de derechos, no estrictamente vinculados con los derechos políticos, como el enunciado literal pareciese sugerir.

Así la CSJN ha reconocido como implícitos: El derecho a la vida (Fallos 302-1284); el derecho de reunión (Fallos 207-251); la patria potestad (sentencia del 23-04-1973); el derecho a expresar opiniones políticas y a participar electoralmente (Caso Zaratiegui), el derecho a contratar (Bidart Campos), el derecho de casarse más de una vez (Fallos 308-1032) y la garantía del amparo (Fallos 241-291).

Si bien la reforma de 1994 al jerarquizar determinados instrumentos internacionales de derechos humanos, completado ello posteriormente por decisión del Congreso Nacional, han explicitado un número mayor de derechos, y por ende, el desafío actual pasa, principalmente, por remover los impedimentos que traban su ejercicio efectivo e impiden el empleo de las garantías (Gelli, 272), lo cierto es que, a mi entender, dicha jerarquización ha impactado también en la conceptualización de lo que se debe entender por derechos implícitos. Algunos autores basados en los antecedentes de la Comisión Revisora de Bs. As. y la Convención "ad hoc" de 1860 que incorporó a la Constitución el artículo en análisis, sostienen que la referencia del mismo es al derecho natural y que la misma constituye una cláusula pétrea (Sagües, 2-246), posición que personalmente no comparto. Considero que tal postura no se condice con los criterios de las Convenciones jerarquizadas sobre el tema, que, como bien señala el art. 75 inc. 22 complementan la disposición del art. 33, y que, de modo alguno, pueden calificarse con capacidad derogatoria de la parte orgánica. En principio, porque nuestro texto constitucional hace referencia explícita al principio de soberanía del pueblo y a la forma republicana de gobierno, y ello se condice tanto con las reglas

interpretativas del art. 29 de la Convención Americana, en especial en inc. c, que refiere a otros derechos y garantías inherentes a la persona humana o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; al art. 5 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, que hace referencia a la costumbre como fuente de derechos humanos fundamentales, y al art. 25 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que refiere al derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales, criterio este último que confirma, en general, el art. 1.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Considero que, en su totalidad, tales criterios integran actualmente el concepto de derechos implícitos, y por ende, deben ser tenidos en cuenta al momento de resolverse sobre su existencia, y que, como tales, actualmente no pueden ser apreciados exclusivamente a través de los parámetros filosófico-constitucionales del liberalismo decimonónico.

El derecho a la vida

Si bien, como ya señalamos, el derecho a la vida fue reconocido por nuestra CSJN como derecho implícito, a partir de la reforma constitucional de 1994, dicho derecho aparece explícitamente consagrado en diversos instrumentos con jerarquía constitucional (art. 1 de la Declaración Americana; art. 3 de la Declaración Universal; art. 4 de la Convención Americana; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; art. 6 de la Convención sobre los derechos del niño). Pero además, podemos referir a tratados específicos que tienen como fundamento esencial la protección de este derecho, como ser la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio o la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Desaparición Forzada de Personas.

En el ámbito internacional el derecho a la vida ha sido reconocido como el más esencial de los derechos humanos y como condición para el goce de los restantes derechos, y que tiene el status de *ius cogens*. (Comité de Derechos Humanos, Caso A.R.J. vs. Australia [1997], párr. 6.8; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Edwards y otros c. Bahamas, párr. 109 [2001]; CIDH, Caso Remolcadora 13 de marzo, párr. 79 [1996]). Además conforme lo dispone el art. 27 de la CADH es un derecho inderogable y no suspendible.

En torno a derecho a la vida surgen diversas cuestiones que iremos analizando a continuación.

En primer lugar, cabe preguntarnos si la Constitución y los tratados jerarquizados protegen la vida "a secas" o a una vida de determinada calidad. A esta cuestión, entiendo, cabe responder en el segundo de los sentidos: Ello porque, conforme se ha señalado, el art. 41 de la C.N. al referir al derecho a un medio ambiente sano, está reconociendo este derecho, con una determinada calidad, que, para algunos autores ya se encontraba implícito en el art. 33 de la C.N. (Sagües, 2-274/275). Por otra parte, el art. 6 de

SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *"Ley marcial y estado de sitio en el derecho argentino"*, Impresora Uruguaya SA, Montevideo, 1931

SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *"Manual de derecho constitucional"*, 4ª edición, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1959.

SANTAGATI, CLAUDIO JESÚS, *"Manual de Derechos Humanos"*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006.

"Suplemento de derecho constitucional", Ed. La Ley, Buenos Aires.

"Suplementos universitarios La Ley", Ed. La Ley.

TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *"Colección de análisis jurisprudencial"*, Derechos humanos y garantías, Ed. La Ley, Serie de libros universitarios, Buenos Aires, 2002.

TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *"Derechos humanos y jurisprudencia"*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1998.

TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *"Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina"*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1996.

VANOSSI, JORGE REINALDO, *"La protección de los derechos humanos en la Argentina"*, en *Ilber amicorum Héctor Fix Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Volumen II, pág. 1493, San José, Costa Rica, 1998.

VANOSSI, JORGE REINALDO, *"Régimen constitucional de los tratados"*, Ed. El Coloquio, Buenos Aires, 1969.

WLASIC, JUAN CARLOS, *"Convención Americana sobre Derechos Humanos"*, Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1980-1997), Ed. Juris, Rosario, 1998.

ZARINI HELIO, JUAN, *"Análisis de la Constitución argentina"*, 3ª edición ampliada y actualizada, 1ª reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

ZARINI HELIO, JUAN, *"La Constitución argentina en la doctrina judicial"*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975.

MODULO VI

DERECHOS HUMANOS EXPLÍCITA E IMPLÍCITAMENTE CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En el marco del ejercicio del Poder Constituyente Originario, durante la Revolución Norteamericana, en la segunda mitad del Siglo XVIII, una de las discusiones que se generaron se vinculaban con la necesidad o no, de que la Constitución a aprobarse, contara con un repertorio expreso de derechos reconocidos por la Carta Magna, ello vinculado con la concepción iusnaturalista dominante en dicho proceso. (Al respecto nos remitimos a lo expuesto en el Módulo III). En ella se desarrollaron dos posturas, los antifederalistas solicitaban la inclusión del reconocimiento explícito de derechos basados en la necesidad de imponer límites concretos al poder del gobierno (ello enmarcando en una discusión más amplia vinculada con el temor a las facciones, a la demagogia y al predominio del interés individual sobre el público, y a las necesarias formas de control); mientras que los federalistas sostuvieron que su reconocimiento explícito, por una parte, no resultaba necesario ya que, el carácter taxativo de las atribuciones conferidas a cada poder del estado, evitaban el peligro del abuso, y porque una enunciación expresa, podía desconocer otros derechos fundamentales que eventualmente quedarán fuera de la misma. Al aprobarse la Constitución de los Estados Unidos, en 1787, no se incluyó un repertorio de derechos reconocidos. Poco tiempo después, en 1789, el Congreso aprobó, y remitió a los fines de su aprobación a los distintos Estados de la Unión, las primeras diez enmiendas a su texto, incluyendo en la Enmienda Novena el principio de los derechos implícitos, como una forma de conciliar las posiciones precedentes: Se reconocen explícitamente determinados derechos, sin que ello represente desconocimiento de otros no enumerados.

Ahora bien, el precepto norteamericano hace referencia en la 9ª Enmienda, que los derechos enumerados no podrán alegarse para negar o desvirtuar otros, retenidos por el pueblo. Mientras que el art. 33 de nuestra Constitución federal (incorporado en la reforma de 1860), refiere a que los derechos enumerados no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Una primera aproxi-

BIELSA, RAFAEL, *"Compendio de derecho público constitucional, administrativo y fiscal"*, Rosario, Santa Fe, 1952.

CASIELLO, JUAN, *"Derechos constitucional argentino"*, Ed. Pertot, Buenos Aires, 1954.

CAUBET, AMANDA, B. y FERNÁNDEZ MADRID, JAVIER, *"La Constitución, su jurisprudencia y los tratados concordados"*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1995.

COLAUTTI, CARLOS, *"Derechos humanos"*, 2ª edición actualizada, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004.

Colección jurídica Doctrina Judicial, Ed. La Ley.

DE VEDIA, AGUSTÍN, *"Constitución Argentina"*, Imprenta y casa editorial Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907.

DROMI, ROBERTO y MENEM, EDUARDO, *"La Constitución reformada"*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.

EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *"Manual de la Constitución argentina"*, 4ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

FACORRO, SUSANA J., VITTADINI ANDRES, SUSANA N., *"Lecciones de derecho constitucional"*, Primera y segunda parte, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997 y 1998.

FAPPIANO, OSCAR L. y LOAYZA, T. CAROLINA, *"Repertorio de la comisión interamericana de derechos humanos (1971-1995)"*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999.

GARCÍA LEMA, ALBERTO MANUEL, *"La reforma por dentro"*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1994.

GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *"Constitución de la Nación argentina"*, Comentada y concordada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

GENOVESI-PAZOS AGULLEIRO-BIGLIENI, *"Derecho Constitucional argentino"*, 2ª edición, Ediciones 2817 Impresiones, Buenos Aires, 1996.

GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *"Manual de la Constitución Argentina"*, Angel Estrada y Cía. SA Editores, Buenos Aires, 1951

GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *"Curso de derecho constitucional"*, 6ª edición, actualizada y revisada por E. Miquel Ferrero, reimpresión inalterada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

GORDILLO, AGUSTÍN Y OTROS, *"Derechos Humanos"*, 3ª edición, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 1998.

"Informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", Washington, Estados Unidos de Norteamérica.

"Informes anuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", San José, Costa Rica.

JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO, *"Derecho constitucional argentino"*, T. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

MARTÍNEZ RUIZ, ROBERTO, *"La Constitución Argentina. Anotada con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia"*, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945.

MATIENZO, NICOLÁS, *"Derecho Constitucional"*, Apuntes taquígraficos de Juan Issac Cooke, La Plata, 1916.

MIDÓN, MARIO, *"Manual de derecho constitucional argentino"*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

PEREIRA PINTO, JUAN CARLOS, *"Manual de derecho constitucional"*, T. I, Ed. A-Z, Buenos Aires, 1978.

PIERINI, ALICIA, coordinadora, *"Pensamiento crítico sobre derechos humanos"*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1996.

PIZZOLO, CALOGERO, *"Constitución Nacional. Comentada, anotada y concordada"*, 1ª reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, agosto de 2004.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *"Constitución de la Nación argentina comentada"*, Ed. Zavala, Buenos Aires, 1996.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *"Derecho constitucional"*, reimpresión, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

RAMELLA, PABLO A., *"Derecho constitucional"*, 3ª edición actualizada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

RIVAROLA, RODOLFO, *"Diccionario manual de instrucción cívica y práctica constitucional argentina"*, Casa editora Coni, Buenos Aires, 1934.

ROSATTI, HORACIO, D. Y OTROS, *"La reforma de la Constitución"*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 1994.

RUIZ, MARTHA, V. DE., *"Manual de la Constitución nacional"*, Ed. Heliasa, Buenos Aires, 1997.

RUIZ MORENO, ISIDORO, *"El derecho internacional público ante la corte suprema"*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970.

SARSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *"La Constitución de los argentinos"*, 5ª edición actualizada y ampliada, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2000.

SAGÜÉS, PEDRO NÉSTOR, *"Elementos de derecho constitucional"*, Ts. 1 y 2, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.