

LA CORTE SUPREMA Y EL PRINCIPIO *PRO HOMINE*

THE SUPREME COURT AND THE *PRO HOMINE PRINCIPLE*

*María Isabel Urquiza**

Resumen^{**}: Desde hace doce años, la Corte viene receptando en sus fallos, el principio *pro homine*. Sin embargo, ¿el sentido y alcance de este principio es el mismo en los casos en los que ha sido aplicado por el Alto Tribunal? A través de sentencias clave y mediante análisis de discurso, se procurará mostrar la diversidad de matices del principio *pro homine* en la Corte Suprema.

Abstract: For twelve years, the Court has acknowledged the *pro homine* principle in their sentences. However, is the meaning and the scope of this principle the same as in the cases that have been applied by the High Court? Through key sentences and discourse analysis, I will try to show the diversity of nuances of the *pro homine* principle in the Supreme Court.

1. Introducción.

En las últimas décadas, cada vez se menciona más a los principios en la literatura jurídica procedente de tradiciones epistémicas y metodológicas de diverso signo. En este sentido, los distintos modelos jurídicos, tienen una comprensión diversa de la abarcabilidad, del papel que juegan en la cultura jurídica y aun del sentido que poseen los principios para el hombre en el mundo jurídico.

Procuraré acercarme al papel, sentido y abarcabilidad de los principios en el modelo jurídico multidimensional formulado por Fernando Martínez Paz. En particular, el principio *pro homine*, será abordado a través de decisiones clave de la Corte, interdisciplinariamente y atendiendo a su complejidad en los tiempos presentes. En este sentido, para ofrecer una mayor comprensión de las diversas respuestas de la Corte Suprema en relación a este principio, se recurrirá a un análisis del discurso compatible con esta cosmovisión jurídica.

2. Los principios, ayer y hoy.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Tesis doctoral calificada con 10 Sobresaliente y mención de publicación. Profesora adjunta de Introducción al Derecho “A” con extensión a Sociología Jurídica “A”, a Seminario sobre Modelos Jurídicos y Corte Suprema y a Seminario Interdisciplinario sobre Minorías y Corte Suprema, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Mail de contacto: marisaurquiza@gmail.com

** A mi Maestro, el Profesor Emérito Dr. Fernando Martínez Paz (*in memoriam*).
Agradezco profundamente la colaboración de los abogados Sebastián Díaz Bialek y Juan Pablo Díaz.

La tradición jurídica de los principios se remonta a los primeros interrogantes que se formulara el hombre acerca del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto. Sin embargo, la síntesis ético-jurídica que implica el poder afirmar estas ideas por medio de formulaciones sencillas y claras, asequibles no sólo a juristas, sino a todos los hombres; requirió cierta racionalización que fue favorecida cuando comenzó a dejarse de lado la explicación mítica por una explicación basada en la causalidad primero, y posteriormente en el libre albedrío.

Max Weber (1864-1920), sostiene que el paso de lo irracional a lo racional, tanto material como formalmente, no se desarrolló de modo uniforme, sino que estas dimensiones se fueron complejizando y manifestando en distinto grado de profundidad en diversas sociedades a lo largo del tiempo. Así, en la antigua Roma, el jurisconsulto Ulpiano (170-228) recogió y sintetizó lo que inicialmente se denominara preceptos del derecho y que, más tarde recibiera el nombre de principios generales del derecho. Éstos son: vivir honestamente (*honeste vivere*), no dañar a nadie (*alterum non laedere*) y dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). Compartía una idea común de justicia que fuera formulada siglos atrás por Platón (429-348 a.C.) y Aristóteles (384-322 a.C.), y que mil años después recogiera Santo Tomás de Aquino (1225-1274).

Este tipo de pensamiento se caracterizó por partir del hombre y no de la sociedad y fue construyendo lentamente la doctrina ético-jurídica que hoy denominamos genéricamente como jusnaturalismo. Como señalara Norberto Bobbio (1909-2004), puede considerarse como “*secularización de la ética cristiana*”¹. Consideraba que las nociones del bien y de lo justo estaban grabadas: en la razón, según los pensadores y juristas griegos y romanos; en el corazón del hombre, según la tradición judeo-cristiana. Asimismo, contribuyó a la racionalización sustancial o material del derecho en forma directa y a la formal, indirectamente.

En la modernidad, primero teólogos-juristas y posteriormente juristas, continuaron profundizando las elaboraciones teóricas y reflexiones de esta línea de pensamiento de tremenda fuerza moral universal, pero de débil certeza que sí brindaban las normas de derecho positivo. A pesar de esta limitación, sus aportes fueron clave en la conformación del derecho internacional moderno, en el desarrollo y expansión de los principios del constitucionalismo clásico. Así, las constituciones modernas recogieron principios de derecho natural, convirtiéndolos, entre otras formas jurídicas, en libertades, en derechos y aun en garantías. Le dieron validez y vigencia formales, eficacia social y por ende, certeza a dichos principios, sólo dentro de las fronteras de cada Estado que los reconocía, positivizándolos.

Cuando en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos receptó los principios ético-jurídicos en su texto; al mismo tiempo, éstos tuvieron tanto fuerza y valor universal, como eticidad y positividad conjuntamente. Este proceso que llevó miles de años, se condensa en lo que Jürgen Habermas (n. 1929) denomina “*emigración de la moral al*

¹ BOBBIO, NORBERTO. 1997. *El tercero ausente*. Cátedra, Madrid, p. 166.

contenido interno del derecho”². Esta imagen alude también a la racionalización jurídica que suponen las democracias actuales, constitucionales, abiertas y pluralistas.

4. Los principios ético-jurídicos y el núcleo no negociable.

El modelo jurídico multidimensional considera que una de las dimensiones de los fenómenos jurídicos y del mundo jurídico, es la del derecho como legalidad y legitimidad en permanente comunicación. Los principios ético-jurídicos junto a la conciencia jurídica, son los ejes de la sub-dimensión de la eticidad.

La conciencia jurídica es el centro moral y órgano de sentido de la persona. Puede desarrollarse en sucesivas etapas y niveles. Según las investigaciones de uno de los discípulos de Jean Piaget (1896-1980), Lawrence Kohlberg (1927-1987); sólo el 25% de las personas adultas alcanza madurez moral, y de este 25%, sólo el 5% logra la plenitud moral. Dicha plenitud se consigue en el tercer nivel de desarrollo, denominado postconvencional y dentro de este nivel, en la última etapa llamada de los principios éticos universales. Advierte que se puede razonar con criterios moralmente elevados, pero no siempre resulta sencillo vivir de acuerdo a ellos, por factores muy diversos. Asimismo, al alcanzar esta etapa es posible objetar las normas jurídicas que se opongan a los principios ético-jurídicos que la propia conciencia reconozca y valore.

Así como la conciencia jurídica es el centro moral de la persona, los principios ético-jurídicos son el centro moral de los fenómenos jurídicos y del mundo jurídico multidimensional. Ambos, conciencia y principios están interrelacionados. Los hombres, de acuerdo a su desarrollo moral, descubren y construyen los diversos principios en su vida cotidiana. Descubren, a través de sus conciencias, los principios inmediatos, “*que expresan de un modo directo los fundamentos y los valores esenciales y connaturales a toda forma de convivencia ordenada al bien común y a satisfacer los fines existenciales de los hombres en sociedad*”³. Se caracterizan por un mayor grado de generalidad o abarcabilidad y de permanencia. Fundan ordenamientos jurídicos concretos o aun la misma Declaración Universal de Derechos Humanos a la que me referí brevemente *ut supra*. Se proyectan en constituciones, sentencias judiciales de máximos tribunales. No es posible elaborar con estos principios, un código detallado, como lo intentara Hugo Grotius (1583-1645), quien recogiendo el *consensus gentium* de su tiempo, pretendió construirlo, basado en las ideales racionalistas. Dichos principios configuran además, el núcleo no negociable que cada sociedad va construyendo, nutriéndose de sus tradiciones, experiencias, marchas y contramarchas. Asimismo, definen los límites de apertura del ordenamiento jurídico y de la sociedad misma. Este núcleo o al menos, algunos aspectos del mismo, suele recogerse en los Preámbulos de las Constituciones.

² HABERMAS, JÜRGEN. 1988. “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Doxa* 5, 1988, pp. 21-45.

³ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 2004. *Introducción al derecho*. Ábaco, segunda edición actualizada, reestructurada y revisada, Buenos Aires, p. 352.

Los hombres y los pueblos construyen y elaboran los principios mediatos, en armonía y como consecuencia de los inmediatos. “*Se concretan y objetivan históricamente en una determinada civilización o en la experiencia jurídica de las distintas comunidades*”⁴. Al estar subordinados a los anteriores, su grado de generalidad es menor, pero mayor su especificidad. Fundan instituciones concretas y complejos normativos diversos, dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Se proyectan en códigos, leyes, contratos y en diversas sentencias judiciales; también en declaraciones, pactos específicos de derechos humanos. Si bien se apoyan en los principios inmediatos, poseen un mayor grado de variabilidad tanto espacial como temporalmente.

5. La incertidumbre y el principio *pro homine*.

En los últimos tiempos, como decía mi Maestro, el derecho dejó de ser considerado, enseñado y vivenciado como “*un dispensador de certezas impregnado de certidumbres (...). Hoy el derecho duda de sí mismo y el hombre común duda del derecho, lo mismo que el legislador, los jueces, los abogados, los profesores*”.⁵ La incertidumbre y la duda pasaron a ser características de la cultura jurídica actual; afectando también a los principios, sobre todo a los mediatos, los que como las leyes que informan, ya no tienen el mismo sentido y significado que se les atribuía. Asimismo, la incertidumbre y la duda, unidas a la anomia, acarrearán confusión respecto de la gradación, abarcabilidad, especificidad, alcance y permanencia de casi todos los principios y esto se ve reflejado en la literatura jurídica, en las decisiones de tribunales de diversa índole y en escenarios del mundo jurídico actual. Uno de los principios afectados es el *pro homine*.

Este principio en particular, pertenece a los mediatos, está profundamente anclado en una protección amplia de los fines existenciales, que pueden resumirse en “*la conservación y generación de la vida; el perfeccionamiento físico, espiritual y religioso; y la participación en el bien común general*”.⁶ El sentido de este principio es proteger con la mayor abarcabilidad posible al ser humano. Opera como criterio hermenéutico en casos de incerteza, como todos los principios “pro”, para dar un alcance amplio a los derechos y asegurar la protección necesaria a la persona. Sin embargo, a diferencia de otros principios “pro”, no se refiere a una única materia jurídica especializada o a un único complejo normativo en particular, sino al ordenamiento jurídico todo.

6. La Corte y el principio *pro homine*: tres respuestas relevantes.

⁴ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 2004. Op. Cit., p. 352.

⁵ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 2000. “Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho, hoy”, en *La educación, política de Estado*, 2000, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Academia Nacional de Ciencias, Córdoba, p. 57.

⁶ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 2004. Op. Cit., p. 274.

Con la reforma constitucional de 1994, nuestra Constitución aumentó en grado considerable la apertura que ya tenía con el artículo 33. La Corte Suprema, en numerosos casos relevantes interpretó y ponderó esta apertura e incluso se adelantó a dicha reforma reflejando dicha apertura⁷. En este contexto, aplicó el principio *pro homine* en diversos casos en los últimos años. Me referiré a tres de ellos: “Portal de Belén” (2002), “Arriola” (2009) y “F.A.L.” (2012). Para ello, el análisis de discurso basado, fundamentalmente en los aportes de Teun Van Dijk (n. 1947), acerca del uso del poder a través del lenguaje; se integrará a las líneas de análisis procedentes de la complejidad y apertura del modelo jurídico multidimensional, procurando una comprensión mayor y más humanizada de la problemática.

6.1. “Portal de Belén”.

El 5 de marzo de 2002, la Corte dicta sentencia en “Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”.⁸ El fallo es de decisión heterogénea. Los Ministros Julio S. Nazareno, entonces Presidente del Alto Tribunal; Eduardo Moliné O’Connor; Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez, votaron por la mayoría.⁹ El resto votó en disidencia, conformando dos grupos de minorías nómicas: Carlos S. Fayt y Gustavo Bossert, por un lado; y Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi, por otro lado. Las minorías rechazan el amparo por cuestiones procesales, por lo cual no se pronuncian sobre el fondo del asunto, cosa que únicamente hará la mayoría.

La asociación civil sin fines de lucro “Portal de Belén” presenta una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco, cuyo nombre de fantasía era “Imediat”, por considerar que éste tiene efectos abortivos.

La mayoría presenta su voto ordenado en quince considerandos y en particular, en el considerando N° 11 se refiere explícitamente al *principio pro homine*:

“11) Que esta solución condice con el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en

⁷ Entre los casos relevantes en los que la Corte se adelantó a la reforma constitucional de 1994, pueden mencionarse a “Ekmekdjian c/ Sofovich”, del año 1992 (*Fallos*, 315: 1492). En esta oportunidad, se receptaron con doce años de antelación a la reforma constitucional, mediante Tratados de Derechos Humanos, los derechos colectivos. El Alto tribunal jerarquizó y operativizó el contenido de dichos Tratados, que luego, mediante dicha reforma, tendrán jerarquía constitucional. Pueden mencionarse también, los casos “Fibraca”, de 1993 (*Fallos*, 316: 1669); y “Cafés La Virginia”, de 1994 (*Fallos*, 317: 1282). En estas oportunidades, asimismo, los tratados internacionales, su jerarquía y obligatoriedad, fueron objeto de tratamiento en las sentencias.

⁸ *Fallos*, 325: 292.

⁹ La mayoría compuesta por estos integrantes, fue denominada, en la literatura jurídico-política, como mayoría automática, debido a que era muy difícil romper el consenso de estos Ministros para lograr decisiones diferentes.

todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. Arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2º de la ley 23.054), dispuso: ‘Los Estados... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’ (O.C. – 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145)”.

Cuando los Ministros se refieren a “*que esta solución condice con el principio pro homine”*, al comienzo del considerando transcripto *ut supra*, alude a lo ya expresado en el considerando N° 10, respecto a la afirmación: “...*ante el carácter plausible de la opinión científica (...) la vida comienza con la fecundación*”. Y más adelante agrega: “...*todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo*”. Se advierte la necesidad de fortalecer, preparando el argumento del considerando N° 11, justificar el por qué se recurre a este principio. Además, en los textos transcriptos del considerando 10 se muestra la utilización de estrategias discursivas de inmunización y legitimación por medio de adjetivación reforzadora además de la apelación a “*la opinión científica*”, ya citada. Todo ello para fortalecer la afirmación de que “*la vida comienza con la concepción*”. Lo cual implica, en principio, una abierta defensa al derecho a la vida, el cual es manifestación de uno de los fines existenciales en los que se basa este principio.

Asimismo, en el considerando N° 11, transcripto *ut supra*, se observa el subrayado en la expresión “*pro homine*”, como forma gráfica de fortalecer, desde sus inicios, la argumentación vertida en este considerando. Cabe agregar que inmediatamente aclara que este principio “*informa todo el derecho de los derechos humanos*”. Con ello, explicita el grado de abarcabilidad y el amplísimo grado de alcance atribuido. Inmediatamente, recuerda la Corte que “*las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano*”.

Continúan los argumentos reforzadores a lo largo de todo el voto mayoritario. A modo de ejemplo, el considerando N° 12 comienza: “*Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339)*”. Más adelante, en el mismo párrafo agrega: “*También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)*”. Cuando se refiere a “*esta Corte*”, no necesariamente es la Corte Suprema conformada como el 5 de marzo de 2002, sino que abarca desde que empezó a funcionar este Tribunal, en 1864. En otras palabras, eternaliza a este Tribunal y a sus sentencias, ubicándose más allá del tiempo. Asimismo, cuando afirma del hombre que “*su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”; quiere establecer un orden de prioridades en el que la persona es no negociable, no instrumentable.

En el considerando N° 14 reafirma todavía más estas ideas y se apoya en la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional: “*(...) todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la*

Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)”.

En el segundo párrafo del considerando N° 15, último de su voto, hace lugar al amparo; y entre otros aspectos, “(...) ordena al estado nacional –Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y técnica Médica-, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco ‘Imediat’ (...)”. Imediat es el nombre de fantasía, no la designación farmacológica de la droga que compone ese medicamento. Sorprende que después de toda una galería de argumentos como la defensa de la vida humana desde la concepción, que desde entonces es considerado niño, que la persona es inviolable y valor fundamental, entre otros; la prohibición se realice aludiendo sólo al nombre de fantasía. En este sentido, cabe recordar que en marzo de 2002, el país estaba en plena crisis económica y la imagen que la Corte de entonces proyectaba, era de fuerte deslegitimación. El fallo significaba un triunfo simbólico a favor de la vida humana, porque los argumentos esgrimidos pueden ser invocados en el futuro como de “*esta Corte*”, aunque no se prohibiera la droga farmacológica que componía el medicamento en cuestión.

6.2. “Arriola”.

Años más tarde, el principio *pro homine* es invocado en una cuestión diferente: el 25 de agosto de 2009, en el caso “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”.¹⁰

La Corte presentaba otra composición. Sólo continuaban los Ministros Carlos Santiago Fayt y Enrique Santiago Petracchi, quienes se habían incorporado en 1983, con el advenimiento de la democracia. Ya no integraban el Alto Tribunal los restantes jueces que votaran en 2002, en el fallo “Portal de Belén”. El Presidente es, en 2009, Ricardo Lorenzetti. El número de integrantes ya no es de nueve, sino de siete miembros.

El voto es unánime. Sin embargo, sólo dos Ministros redactaron el voto: Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda, quienes se habían incorporado a la Corte en 2004 y 2002, respectivamente. El resto de quienes suscribieron el voto, presentaron sus fundamentos por separado, esto es “según su voto”: Ricardo Luis Lorenzetti, quien había ingresado en 2004 y desde 2007 era Presidente del Máximo Tribunal; Carmen M. Argibay, que componía la Corte desde 2005; Eugenio Raúl Zaffaroni, quien era Ministro desde 2003; Carlos Santiago Fayt y Enrique Santiago Petracchi.

Cabe señalar que una de las características de la presidencia Lorenzetti, que continúa hasta el presente, es la búsqueda permanente de consenso entre los Ministros. Por lo que las disidencias explícitas son escasas, pero se ha generalizado esta homogeneidad aparente, al aparecer los votos como unánimes. Sin embargo, las diferencias en los fundamentos de los votos individuales o de pequeñas minorías votando conjuntamente (“según su voto”), en determinadas oportunidades constituyen disidencias implícitas o veladas. Asimismo, este

¹⁰ *Fallos*, 332:196.

estilo de votación ya había comenzado en 1983, pero se ha venido generalizando en los últimos años.

El voto suscripto por todos los Ministros, pero redactado sólo por Highton de Nolasco y Maqueda, está ordenado en 36 considerandos. En relación al principio *pro homine*, la argumentación que prepara su inclusión es extensa. En particular, en el segundo párrafo del considerando N° 16, se expresa: “*Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 19 y 19 in re “Mazzeo”, Fallos: 330:3248)*”. El tropos del “*andamiaje*” alude a una obra en construcción y la expresión final de que la reforma constitucional de 1994 “*no se atuvo a la soberanía ilimitada de las naciones*”, se refiera a que la Constitución ahora es abierta, esta última idea está reforzada por la cita de *Fallos* correspondiente al caso “Mazzeo” de 2006.

En el mismo considerando N° 16, en su cuarto párrafo la Corte se autolegitima e inmuniza, autorreferenciándose en estos términos: “*Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínima aceptables (“Verbitsky” Fallos: 328:1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (“Casal” Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (“Maldonado” Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (“Tufano” Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (“Quiroga” Fallos: 327:5663, “Llerena” y “Dieser” Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (“Benitez” y “Noriega” Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente), derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (“Barra” Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad (“Gramajo” Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (“Santillán” Fallos: 321:3021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos (“Arancibia Clavel” Fallos: 327:3312; “Simón” Fallos: 328:2056 y “Mazzeo” Fallos: 330: 3248) entre otras cuestiones*”. A excepción del caso “Santiillán”, que fuera decidido por la Corte con la conformación anterior, los demás fallos citados corresponden al período 2005-2008 de la Corte actual. Se observa asimismo, que vuelve a referirse al caso “Mazzeo”, pero contextualizándolo en la materia específica de “*investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos*”. Asimismo, la enumeración exhaustiva de diez fallos, ordenándolos por temas concretos, así como la expresión final “*entre otras cuestiones*”, muestra la vastedad de casos relevantes de la presente Corte en unos pocos años y el compromiso de convertir el texto ampliado de la Constitución con los tratados de derechos humanos, en una realidad viva.

En el considerando N° 21 continúa con la argumentación preparatoria a la aplicación del principio *pro homine*, en estos términos: “*Que, cabe señalar que la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Carta Magna de 1853, en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances*

de los mismos con más detalle y precisión. Pero, además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como ‘bien común’, ‘orden público’, ‘utilidad pública’, ‘salubridad pública’ e ‘intereses nacionales’ (artículo 22 inc. 3º, del Pacto de san José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3º, 14, 19 inc. 3ºb, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”. El tropos “vigor”, referido a la jerarquización de los tratados internacionales a través de la reforma constitucional de 1994 respecto de la protección de derechos y garantías constitucionales, alude a que dichos tratados han fortalecido, revitalizado la Constitución.

El considerando N° 23 invoca y aplica el principio *pro homine*:

“Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio ‘pro homine’. De acuerdo con el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio ‘pro homine’ resulta más compatible con la posición de la Corte en ‘Bazterrica’ que en ‘Montalvo’, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.”

Cabe señalar que la expresión “*pro homine*”, no sólo aparece entrecomillada, sino subrayada en dos oportunidades. El doble refuerzo visual fortalece, jerarquiza y legitima la aplicación de este principio. Asimismo, la Corte especifica la regla de utilización de dicho principio; e inmediatamente lo explica a través de un ejemplo, facilitando la comprensión y resolviendo la posible incerteza respecto al criterio de aplicación del mismo. Al final del párrafo, la expresión auto-inmunitante “*no hay dudas*” procura cerrar la diferencia de criterios al resolver casos semejantes años atrás. El caso “Bazterrica” fue resuelto el 29 de agosto de 1986¹¹, destacándose el voto del Ministro Petracchi. Años más tarde, con otra conformación distinta de la Corte, el 11 de diciembre de 1990, el Máximo Tribunal adopta una decisión opuesta a la anterior en el caso “Montalvo”¹², con una fuerte disidencia del Ministro Petracchi. La Corte termina inclinándose por los argumentos vertidos en 1986 y Petracchi logra imponer su argumentación.

6.3. “F.AL.”.

¹¹ Fallos, 308:1412.

¹² Fallos, 313:1332.

El 13 de marzo de 2012, la Corte falla en “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”¹³. Como en el caso a que me acabo de referir de 2009, el voto aquí es unánime, mas no en los fundamentos. Redactan el voto en 31 considerandos: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni. Los Ministros Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay presentan sus fundamentos por separado bajo la forma “según su voto”. Persiste la preferencia por el consenso al votar, pero se mantienen las minorías implícitas, veladas.

En el considerando 1º), se afirma: *“Que A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia de Chubut –ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A.G.- que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia de Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias a fs. 1/1 vta. y 11)”*. El fallo comienza, mediante narrativización, a explicitar los sucesos que dan lugar a la decisión.

El considerando 2º *in fine* explicita el desenlace de lo señalado en el considerando anterior: *“La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs.648)”*. La forma adverbial *“finalmente”* junto con el recurso de poder de la narrativización que continúa aquí, procuran expresar el difícil camino que transitó la menor embarazada hasta que se le practicara el aborto.

En el considerando N° 4 *in fine* la Corte agrega que *“(…) se petitionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos amicus curiae que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia. Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (fs. 1021/1022)”*. Se destaca la presencia de los *amicus curiae* que estaban a favor de la vida de la persona por nacer o a favor de la menor violada, es decir se advierte la presión nosotros/ellos en medio de la oposición de posiciones divergentes en relación al caso. Asimismo, llama la atención lo expresado al final respecto a que el señor Procurador Fiscal *“sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta”*.

Entonces: ¿por qué la Corte falló? Lo explicita en el considerando N° 18, segundo párrafo: *“En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes petitionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional”*. El argumento comienza con las expresiones *“esta inteligencia”*. Delimita mediante la forma adjetiva *“esta”* seguida de *“inteligencia”*, que jerarquiza y legitima al Tribunal y su posición frente a la posición que no comparte. Fortalece la oposición nosotros/ellos calificándose

¹³ Fallos, 335:197.

favorablemente; a la vez que “*esta*” destaca lo propio frente a lo otro como extraño. “*Quiere dejar expresamente aclarado*” muestra la actitud terminante reforzada por la forma adverbial. “*Esclarecer la confusión reinante*”: este tropo procura subrayar los recursos argumentativos anteriores a la vez que muestra su papel como favorable. La luz se opone a la oscuridad (“*esclarecer*”) que es propia de la confusión y “*reinante*” muestra que el gobierno de la oscuridad es vencido por la claridad. Las razones de por qué falla son dos: “*esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles*” y “*evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional*”. En este caso, el término “*frustraciones*” relacionada con el verbo “*evitar*”, nos muestra la función preventiva de este fallo. En otras palabras, la decisión está dirigida a un público presente y futuro.

El principio *pro homine* se aplica en el considerando N° 17:

“(…) los principios de estricta legalidad y pro homine obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a ‘priorizar una exégesis (que esté)... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y... (a) privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulte punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario –que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental- amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esa práctica”.

A diferencia de los casos “Portal de Belén” y “Arriola” en los que la Corte se valió de reforzadores gráficos como el subrayado en el primer caso y el subrayado acompañado de entrecomillado, en el segundo como se mostrara *ut supra*; aquí la Corte no recurre a ellos. Recurre a la relación y aplicación conjunta con el principio de legalidad, al que presenta con el tonificador adjetivo “*estricta*”. Se redefine, ampliándose, el alcance de los destinatarios de la decisión, presentándose esto como “*alcance... (del) principio*”. Al final, precedido por el conector “*por ello*”, se utiliza el verbo “*deber*”, como forma de tomar distancia frente a la problemática.

7. Algunas conclusiones.

En los tres fallos analizados se advierte una fuerte actitud de compromiso con los derechos de las personas que la Corte, independientemente de su conformación, quiere mostrar. Asimismo, el Alto Tribunal se ha configurado auténticamente como un “*foro de principios*”

como expresara Ronald Dworkin (1931-2013)¹⁴. Al mismo tiempo, se advierte una actitud de mayor cercanía con los problemas a tratar y con las personas concretas que los sufren y no solamente desde una actitud democrática, sino que procura recoger los resultados de las investigaciones, escuchar posturas contrapuestas en el caso de los *amicus curiae*, aun cuando su posición se encontrare ya definida frente a un determinado conflicto. Asimismo, la recurrencia a una gran cantidad de recursos argumentativos de todo tipo, especialmente los reforzadores de poder, muestra que los acuerdos consensuales fueron difíciles de lograr.

Quizás el primer interrogante es el de por qué cambió el criterio de la Corte al operativizar el principio *pro homine* en “Portal de Belén” y en “F.A.L.”. ¿Fue acaso la diferente conformación del Alto Tribunal? ¿Cómo fue posible este cambio?

Considero que la conformación es un factor importante en toda decisión del Máximo Tribunal. Respecto del criterio al operativizar el principio *pro homine*, no debe olvidarse que en “Portal de Belén” el triunfo de la argumentación en favor de la vida y en particular, del comienzo de la vida humana de las personas, tuvo un carácter simbólico; ya que no se prohibió la droga farmacológica que componía el medicamento, sino que sólo se aludió al nombre de fantasía en dicha prohibición.

Asimismo, fue clave una decisión precedente a F.A.L. y que permitió el cambio en el alcance del principio referido. En el caso “Sánchez”¹⁵, la decisión fue unánime pero no en los fundamentos.¹⁶ Si bien es un fallo que significó un reconocimiento a las víctimas del terrorismo de Estado y por tanto una reparación con características históricas, lo cual es plausible y muestra una vez más el acercamiento de la Corte y la voluntad de construir un Tribunal democrático, en el voto mayoritario se advierte un cambio cualitativo. En el considerando N° 7, segundo párrafo, transcribe haciendo suyas, las palabras de Alfredo Orgaz de una obra de 1946: “(...) *el derecho positivo puede literalmente conferir la personalidad a diversos sustratos, de modo que éstos sean el término de imputación de un conjunto de derechos y deberes jurídicos*”.¹⁷ Más adelante, afirma en el considerando N° 10, primer

¹⁴ DWORKIN, RONALD. 2012. *Una cuestión de principios*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, pp. 100-102.

¹⁵ “Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DDHH –art. 6 Ley 24.411 (RESOL 409/01)”. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2007. *Fallos*, 330:2304.

¹⁶ Redactaron el voto, los Ministros: Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay. Votaron con fundamentos diversos (“según su voto”) en forma conjunta: Elena I. Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni.

Cabe destacar que en el Dictamen que precede al fallo, el Procurador General, en el punto V, 8° párrafo, afirma: “(...) *el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323:1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional.*”

¹⁷ A comienzos de la década del cuarenta, Carlos Cossio (1903-1987) había empezado a difundir la obra de Hans Kelsen (1181-1973). De modo que, en 1946 hacer alusión a las ideas del jurista europeo, era muy novedoso entonces.

párrafo *in fine*: “La personalidad, por consiguiente, no es una cualidad ‘natural’, algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares...” (op. cit. pág. 7)”.

Como podemos advertir, si la personalidad es “una cualidad puramente jurídica, (...) algo que el derecho construye para sus fines particulares”, se ha roto el anclaje en la naturaleza humana, en la condición humana. Por lo tanto, los principios sólo son construcciones jurídicas. La Corte rompe el lazo que une a los principios ético-jurídicos inmediatos con los mediatos. Principios son considerados como tales, sólo los mediatos, son considerados como puras construcciones sociales. Estándares que pueden variar de un tiempo a otro y de una cultura a otra, predominando en ellos su carácter instrumental.

El fallo “F.A.L.” refleja esta última concepción de los principios, característicos de los modelos jurídicos unidimensionales y comparte la concepción de la personalidad expresada en “Sánchez”.

Como expresara la Corte en “F.A.L.”, se quería “(...) evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional”. De ahí que, el principio *pro homine* unido al de “estricta” legalidad se aplicaran para extender “(...) a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esa práctica”.¹⁸ El resto, en lo que respecto a este caso, queda a cargo de las provincias y los protocolos de aborto.

Quisiera señalar, finalmente respecto a “F.A.L.”, que el 6 de marzo de 2014, la Corte dictó sentencia en “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros s/ solicitan audiencia pública en los autos ‘F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente F-259/2010-SEX’”. Diversas organizaciones que habían participado como *amicus curiae* en 2012 en el caso “F.A.L.”, solicitaron al Alto Tribunal que convocare a una audiencia pública para supervisar el estado de cumplimiento de las exhortaciones, consideradas por dichas organizaciones como órdenes generales con fuerza vinculante. En relación con ello, el Máximo Tribunal afirma en el tercer párrafo del voto unánime que “(...) la competencia apelada del Tribunal quedó íntegramente agotada con el fallo que confirmó el pronunciamiento impugnado, por lo que no hay caso judicial actual en trámite ante este estrado constitucional que permita abrir juicio sobre la índole y los alcances de las exhortaciones formuladas en la sentencia que se invoca”.¹⁹

El principio *pro homine* es símbolo de condensación de valores, instituciones y experiencias jurídicas de miles de años de racionalización de la humanidad. Su construcción presente responde a diversas cosmovisiones jurídicas, como hemos podido apreciar. En la medida que predomine el aspecto sustancial o material, su formulación, ponderación y aplicación será más afín a los modelos jurídicos multidimensionales; anclados en una noción de persona y

¹⁸ “F.A.L.”, considerandos N° 18 y 17 respectivamente, transcriptos *ut supra*.

¹⁹ Si bien el voto está suscripto por los Ministros: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Fayt y Argibay. Los dos últimos, presentan los fundamentos de sus votos por separado y en forma conjunta (“según su voto”).

sus derechos provenientes de la naturaleza humana y a la construcción de un núcleo no negociable. En cambio, si predomina el aspecto instrumental, su formulación, ponderación y aplicación será más afín a los tradicionales modelos jurídicos unidimensionales.

8. Bibliografía.

- AA.VV. 2012. *Defendiendo el derecho humano a la vida en Latinoamérica*. Americans United for Life, Washington.
- BARRERA BUTELER, GUILLERMO (Director). 2014. *Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I*. Ciencia, derecho y Sociedad. Serie: textos de estudio, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Advocatus, Córdoba.
- BOBBIO, NORBERTO. 1997. *El tercero ausente*. Cátedra, Madrid.
- DOMS, MACHTELD y MOSCOVICI, SERGE. 1985. “Innovación e influencia de las minorías”, en MOSCOVICI, SERGE (Director). 1985. *Psicología social I. Influencia y cambio de actitudes. Individuos y grupos*. Paidós, Barcelona, pp. 71-116.
- DWORKIN, RONALD. 1993. *Los derechos en serio*. Planeta-Agostini, Buenos Aires.
- DWORKIN, RONALD. 2012. *Una cuestión de principios*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- HABERMAS, JÜRGEN. 1988. “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Doxa* 5, 1988, pp. 21-45.
- HABERMAS, JÜRGEN. 2006. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Paidós, Buenos Aires.
- KELSEN, HANS. 1979. (edición originaria en alemán, 1960). *Teoría pura del derecho*. Traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- KOHLBERG, LAWRENCE. 1982. “Estadios morales y moralización. El enfoque cognitivo-evolutivo”, en *Infancia y aprendizaje* 18, 1982, pp. 33-51.
- KOHLBERG, LAWRENCE, POWER, F. CLARK y HIGGINS, ANN. 1997. *La educación moral según Lawrence Kohlberg*. Gedisa, Barcelona.
- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 2000. “Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho, hoy”, en *La educación, política de Estado*, 2000, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Academia Nacional de Ciencias, Córdoba, pp. 55-68.
- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 2003. *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba.
- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. 2004. *Introducción al derecho*. Ábaco, segunda edición actualizada, reestructurada y revisada, Buenos Aires.
- MORIN, EDGAR. 2005. *El paradigma perdido. Ensayo de bioantropología*. Kairós, Barcelona.
- MORIN, EDGAR. 2006.a. *El método, 5. La humanidad de la humanidad. La identidad humana*. Cátedra, Teorema, Madrid.
- MORIN, EDGAR. 2006.b. *El método, 6. Ética*. Cátedra, Teorema, Madrid.
- URQUIZA, MARÍA ISABEL. 2001. *Conciencia jurídica. Su formación como función social del derecho*. Advocatus, Córdoba.
- URQUIZA, MARÍA ISABEL. 2010. “Justicia procesal. La vivencia de ser jurado y el proceso de legitimación”, en AA. VV. 2010. *Subiendo al estrado. La experiencia cordobesa del juicio por jurado*. María Inés Bergoglio editora, Córdoba, pp. 153-171.

- URQUIZA, MARÍA ISABEL. 2014. *Constitucionalismo, cambio social y función judicial*. (Tesis doctoral inédita). Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.
- VAN DIJK, TEUN (Compilador). 2006.a. *El discurso como estructura y proceso*. Gedisa, Barcelona.
- VAN DIJK, TEUN. 2003. *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*. Ariel, Barcelona.
- VAN DIJK, TEUN. 2006. b. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Gedisa, Barcelona.
- WEBER, MAX. 1992, (edición original en alemán: 1922). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. F.C.E., México.

Documentos.

- Colección *Fallos*. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: www.csjn.gov.ar/
- Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.