

## CAPÍTULO XV

### LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

"Con razón se tachaba de gris la teoría, porque no se ocupaba más que de vagos, remotos y esquemáticos problemas"

José Ortega y Gasset

"Toda vida, en cuanto vida, es valiosa. El valor de la vida humana no depende de quien sea y cómo sea cada ser humano: por más degradado, por más delincuente, por más vil que sea un hombre, su vida - como vida humana - vale en sí misma"

Germán Bidart Campos

#### **15.1.- El derecho a la vida: caracteres, enunciación legal y constitucional**

El primer tipo o familia de derechos humanos que ha sido históricamente abordado por el sistema constitucional, está integrado por prerrogativas tales como el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, etc. Es este el haz de prerrogativas que Sagues engloba en el contexto que enmarca y da base a la condición humana

Estos derechos, denominados también subjetivos, o personalísimos, una vez que han sido instituidos en el sistema, otorgan a su titular la facultad de exigir coactivamente su cumplimiento, de modo tal que el sujeto titular del mismo puede instar en justicia el cumplimiento de la prestación (acción u omisión) que se constituye en la sustancia de ese derecho.

Y ¿cuál es la sustancia del derecho a la vida?

Esta pregunta nos permite adentrarnos en uno de los temas más conflictivos del mundo jurídico. Sabemos que la preocupación (activa o pasiva) por el derecho a la vida parece haberse convertido en uno de los rasgos característicos del panorama actual, habiéndose teñido el debate a que suele dar lugar, de convicciones morales, religiosas y políticas, echándose por general en falta al adecuado conocimiento de las posibilidades efectivas que el ordenamiento jurídico (en particular el constitucional) brinda para su defensa.

Diremos entonces que resulta de toda eficacia a fin de determinar el concepto de persona (sobre el que predicaremos que tiene derecho a la vida), lo dispuesto en el art.1º inc.2º de la C.A.D.H.

Esta normativa, de corte original del sistema interamericano de protección de derechos humanos, subraya el nuevo papel que la persona posee como *sujeto de derechos*

Además, el art. 3° de la C.A.D.H. (y con mayor amplitud, el art. XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) dispone que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Esta norma enuncia positivamente la regla que indica que todos los seres humanos tiene atributos que le son inherentes e inalienables relativos a su capacidad, tanto en el ámbito civil como en el político.

En este contexto es que podemos referirnos a la sustancia y significación del derecho a la vida, que se encuentra explícito en nuestra constitución textual (art. 29) desde que puntualiza que la vida de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna

Cabe resaltar que la jurisprudencia lo ha estimado como derivado del art. 33 de la Constitución, considerándolo como el primer derecho natural de la persona humana (...)que resulta admitido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes<sup>1</sup>

Afianza este concepto lo dispuesto por el art. 4° inc. 1° de la C.A.D.H. al disponer que toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Es este un derecho constitucional fundante (de su existencia dependen otros) y personalísimo, que es de suma relevancia, aunque todos los restantes consagrados en el ordenamiento jurídico, no es absoluto.

También diremos que su contextualización, es multívoca, ya que se lo puede considerar tanto en un modo amplio, como de una forma restringida

Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 6° que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y que estará protegido por la ley, agregando que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

La interpretación restringida de esta norma incluye ideas tales como la prohibición de las ejecuciones sumarias (muerte sin el examen y la reflexión apropiados, por funcionarios apropiados)

La interpretación más amplia, ha sido excelentemente explicitada por el profesor Asborn Eide, del Instituto Noruego de Investigaciones sobre la Paz.

Según este enfoque, el derecho a la vida también prohíbe la violencia estructural y entonces desde este punto de vista, cuando las estructuras sociales son tales que las posibilidades de sobrevivir y las expectativas de vida de los individuos caen bajo lo que es evitable de acuerdo con la capacidad

---

1 CSJN Fallos 302:1284, 310:112

contemporánea, el sistema que las genera representa violación al derecho a la vida.

Así, ha señalado este autor que:

"Si un niño muere durante la infancia debido a la pobreza y a la consecuente desnutrición o falta de higiene, o si crece y en un período posterior es ejecutado como adversario político, la sociedad en que esto sucede debe ser considerada como hostil al derecho a la vida"

Aún situándonos en la tesis restrictiva, como piso mínimo de la tutela al derecho a la vida, bueno es remarcar que podemos considerarlo como protegiendo el tránsito existencial que va desde la concepción (o el nacimiento) y hasta la muerte que( no haya sido legalmente permitida).

Y ello nos introduce entonces al debate entre la admisión o no del aborto, o la admisión o no de la pena de muerte, o la admisión o no de los diversos modos de interrupción voluntaria de la vida. Volveremos sobre ésta cuestión más adelante.

Lo expuesto nos invita a volver a argumentar acerca de cuál es el contexto de la relatividad del derecho a la vida

Véase sinó lo dispuesto por el art. 21 de la C.N. que impone a todos argentinos el deber de armarse en defensa de la Patria y de ésta Constitución, lo que avala indirectamente el sacrificio de la vida en pos de estos valores que el texto supremo enuncia.

Por otra parte, nuestra Constitución admite la imposición de pena de muerte, aunque la veda expresamente para causas políticas (art. 18 C.N.)

## **15.2.- La cuestión del derecho a la vida y la pena de muerte. Las causas políticas y los delitos políticos. Diferencias**

No hay duda de que nuestra Constitución textual no proscribe en forma expresa la pena de muerte. Sólo lo hace respecto de una modalidad de esta imposición, que es la referida a causas políticas (art. 18 C.N.)

Confirma este enunciado, el hecho de que en diversos períodos de nuestra historia, el Código penal Argentino legisló la pena de muerte para varios delitos considerados como de máxima gravedad.

Asimismo, el Código de Justicia Militar, sancionado por ley del Congreso, regula (actualmente) esta dura pena para algunos de los delitos que tipifica

como de suma gravedad

Es importante añadir en este punto, que la irrupción del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro derecho interno, ha generado algunos cambios respecto de la política penal del Estado y la posibilidad de imposición de la pena de muerte.

Si bien - y como vimos - nuestro texto fundamental la autoriza para delitos no políticos (ni la sugiere ni la impide, dejando el tema en manos del legislador), la C.A.D.H. que hoy detenta entre nosotros jerarquía constitucional, exhibe ciertas condiciones que nuestro Estado debe cumplir, y que hacen a su paulatina abolición. Así, luego de admitir la posición que la viabiliza (...nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente...), establece determinadas categorías en que pueden hallarse los países al momento de su ingreso al sistema, indicando además que esta pena no puede extenderse a delitos a los cuales no se la aplique actualmente (tesitura del abolicionismo progresivo).

Elas son:

1. Aquellos países que no han abolido la pena de muerte: aquí, ella sólo podrá aplicarse para los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito.
2. Aquellos países que la aplican solamente para ciertos delitos: no pueden extender su aplicación a otros a los que no se los aplica actualmente
3. Aquellos países que han abolido la pena de muerte: no la pueden reestablecer

Nuestra Nación se encuentra en la segunda categoría de las expuestas, y por lo tanto no podría extender la pena de muerte para otros supuestos que los regulados por el Código de Justicia Militar (ello con jerarquía constitucional)

Con ello pretendemos dejar absolutamente en claro la inviabilidad de aquellas posiciones en doctrina que estiman que es posible reimplantar la pena de muerte respecto de ciertos delitos.

Nosotros sostenemos que mientras el sistema constitucional mantenga su incorporación de la C.A.D.H. con la jerarquía que le impone el art. 75 inc.22, será imposible jurídicamente reimplantar la pena de muerte a supuestos no

contemplados en el código de Justicia Militar.

Aún luego de lo expuesto, la C.A.D.H. impone en su art. 4° ciertos recaudos adicionales para aquellos supuestos en que es posible aplicar la pena de muerte.

Ellos son:

- La no aplicabilidad de la pena de muerte a los delitos políticos o conexos con los políticos (coincidente aquí con lo dispuesto por el art. 18 C.N.)
- La no imposición de esta pena a menores de 18 años, mayores de 70 años o a mujeres en estado de gravidez
- El derecho de que toda persona condenada a pena de muerte pueda solicitar indulto o conmutación de tal pena, los que en todos los casos podrán ser concedidos por las autoridades pertinentes, vedando su aplicación mientras la solicitud se encuentre pendiente de decisión ante la autoridad competente.

Respecto del último supuesto enunciado, nos enfrenta a una colisión insalvable entre esta cláusula de la C.A.D.H. y el art. 36 de la C.N. La situación es la siguiente:

Ya hemos visto que la Constitución que quienes atenten contra el orden constitucional quedan excluidos del indulto y de la conmutación de penas. Imaginemos que en un hipotético levantamiento militar contra el orden constitucional, se produce un crimen que encuadra en las disposiciones el Código de Justicia Militar, y merece la pena de muerte.

Supongamos también que debidamente sofocado el intento de golpe de Estado, y debidamente juzgado el militar golpista autor de tal crimen, este último es condenado a muerte por los tribunales castrenses y confirmada esa pena por la Cámara Federal pertinente.

Luego de conocer su pena, y recurriendo a las previsiones de la C.A.D.H., el militar condenado clama por su derecho a pedir el indulto o la conmutación de tal pena, que está:

- Expresamente admitido por la CADH
- Expresamente prohibido por el art. 36 C.N.

Nosotros creemos que en este hipotético e imaginario caso, el indulto o la conmutación de penas no podrían ser concedidos, ya que pese al sentido progresista de la Convención, nuestra jerarquización constitucional de su texto

fue a condición de que no derogue artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

Respecto de los delitos políticos y las causas políticas, hemos de sostener aquí que - en el ámbito interno - la proscripción de la pena de muerte en tales supuestos tuvo por objeto terminar con la intolerancia derivada de las muchas luchas intestinas que hubieron en la Confederación Argentina antes de sancionada la Constitución de 1853.

Además, se tuvo en consideración que este tipo de criminales tienen en mira al cometer los delitos en cuestión, fines presuntamente altruistas y no personales

Cabe acentuar aquí que la constitución ha sido amplia al excluir de la pena de muerte a estos supuestos, porque no solamente la impide para los delitos políticos, sino que extiende la proscripción a las "causas políticas". Ello es aún más amplio y progresista que lo enunciado por la C.A.D.H. que sólo hace mención a los delitos políticos y conexos a ellos.

Bien dice Sagues que basta para la Constitución que un hecho haya sido perpetrado con móviles políticos para que se perfile como causa política y no pueda ser constitucionalmente castigado con la muerte

Aún así, ha habido dificultades en doctrina al momento de precisar cuándo un delito es político. A tal fin, la doctrina *objetiva* sugiere que se comete cuando el delito atenta contra la estabilidad y operatividad de los poderes estatales. La doctrina *subjetiva* atiende en cambio a la intención del autor, y en consecuencia, cometerá delito político si éste es realizado con móviles de esa índole. También existen posiciones *mixtas* que requieren para que se pueda hablar de delito político, la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos.

Una vez calificado un delito como político, su autor tiene por lo general un trato más benévolo (no es extraditable, y puede solicitar en razón de tal hecho, asilo político).

Cabe señalar la corriente proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, que impone la exclusión de los delitos anarquistas, terroristas, magnicidios, y - en general - de guerra o de lesa humanidad, de la calificación de "políticos"

### **15.3.- Derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo.**

Ya dijimos en párrafos anteriores que la Constitución protege el derecho a la vida. Pero...¿incluye esta protección a la vida de la persona por nacer?

Nosotros creemos en la posición afirmativa, y sobre todo luego de la jerarquización de los instrumentos internacionales indicados en el art. 75 inc. 22 de la C.N.

Diremos al respecto, que la C.A.D.H. enuncia en su artículo 4º, luego de acentuar que nadie puede ser privado de su vida en forma arbitraria, que tal protección debe darse - en general - a partir del momento de la Concepción.

Sabemos que esa pauta es indicativa, pues permite que se sumen a la Convención tanto países abortistas, como no abortistas, pero sugiere la necesidad de la protección de la persona por nacer.

Por otra parte, la manera en que la República incorporó la Convención sobre los Derechos del Niño nos ofrece un indicio normativo que no puede ser obviado: Obsérvese que nuestra Nación añadió al texto del instrumento internacional en el momento de su adhesión, la declaración unilateral que redefine desde nuestra óptica, el sentido de su artículo primero. De tal manera, para la Argentina no se es niño desde el momento del nacimiento (como enuncia la Convención), sino desde la concepción en el seno materno (como resalta nuestra declaración unilateral al respecto).

Si a ello sumamos que la Asamblea Constituyente jerarquizó ese instrumento internacional *en las condiciones de su vigencia* (y para nosotros, esa vigencia fue condicionada a la incorporación de nuestra declaración unilateral), cabe afirmar que nuestro sistema constitucional *protege la vida del por nacer*.

Aduna esta interpretación lo dispuesto en el art. 75 inc. 23, que manda al Congreso de la Nación a dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo y hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Creemos nosotros que estos fines no pueden coexistir con una política que viabilice la interrupción voluntaria del embarazo.

Debemos señalar aquí que pese a lo argumentado, la situación no es simple, ni el posicionamiento fácil.

Personalmente, desde nuestra profesión de fe y desde nuestra condición de padres, no creemos ni en la pena de muerte ni en el aborto. Sostenemos que la maravilla de la creación humana no puede ser segada en aras de los intereses particulares de la madre, o de la voluntad del Estado.

Aún así, no podemos trasladar sin más nuestra percepción a la sociedad

entera. Y en ese sentido, las vivencias de una madre, sólo ella las percibe. Creemos tal razón que es rol del Estado promover la vida, y desalentar la interrupción voluntaria del embarazo. Pero ello no implica que la Constitución castigue penalmente el aborto, o que la interrupción voluntaria del embarazo constituya un delito constitucional.

Es el Código Penal el que regula el aborto como hecho punible. Y a la vez prevé excepciones a la regla. Y está bien que ocurra de esa manera, porque es al Congreso a quien incumbe determinar los modos de protección de los bienes jurídicos, a partir del establecimiento de las pertinentes figuras delictivas.

Creemos personalmente que un Estado presente en el área social, que regule el acceso a la información, que ofrezca un adecuado contexto de calidad de vida y condiciones dignas de trabajo será el que mejor trabaje para evitar la interrupción voluntaria del embarazo.

No creemos justo llevar a una madre a la miseria, y sin permitirle tan siquiera ligar sus trompas para no concebir, castigarla luego por abortar un embarazo. Pero reiteramos, los criterios de justicia son particulares, y somos respetuosos del imperio de la Ley y la Constitución.

Como ciudadanos, debemos luchar por imponer nuestros criterios de Justicia en los ámbitos políticos y legislativos adecuados.

Creemos nosotros que mientras no prevalezcan nuestras ideas - si ellas son diversas de las indicadas en la normativa en vigor - han de acatarse las del común de la sociedad, plasmadas en leyes del Congreso y Constituciones democráticamente sancionadas.

Así, si bien nuestro derecho penal tutela a la vida del feto, castigando el aborto como conducta penalmente reprochable, ofrece las siguientes posibles excepciones a la regla:

| <b>ABORTO</b><br><b>(Interrupción voluntaria del embarazo)</b> |                                      |                 |                 |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------|-----------------|-----------------|
| REGLA GENERAL<br>En el Código penal                            | MODALIDADES DESPENALIZADAS DE ABORTO |                 |                 |
| • La interrupción                                              | • <u>Aborto</u>                      | • <u>Aborto</u> | • <u>Aborto</u> |

|                                                                  |                                                                               |                                                                                                                                                                       |                                                                                                    |
|------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| voluntaria del embarazo es una figura castigada por la ley penal | <b><u>terapéutico:</u></b><br>Es el provocado para salvar la vida de la madre | <b><u>eugenésico:</u></b><br>Si el embarazo ha sido producido a una mujer idiota o demente                                                                            | <b><u>sentimental:</u></b><br>Si el embarazo proviene de la violación a una mujer mentalmente sana |
|                                                                  | Entre la vida de la madre y del feto, la ley prefiere la de la madre          | (En general, la doctrina parece unificar estos dos supuestos, eximiendo de responsabilidad penal sólo al caso del caso de la violación de una mujer idiota o demente) |                                                                                                    |

Existen ciertos supuestos que han enfrentado a la doctrina, como el derivado del caso en que la madre desee interrumpir voluntariamente su embarazo en marcha, por razones que hacen a la necesidad de planificar su vida (aborto discrecional o libre) alegando su derecho a la privacidad.

Nuestra doctrina mayoritaria considera inconstitucional este tipo de aborto.

Sin perjuicio de ello, existe un criterio en este punto elaborado por la jurisprudencia norteamericana en el célebre caso "Roe vs. Wade", denominado la doctrina de los "tres trimestres" Allí los jueces de su Suprema Corte:

- Admitieron la constitucionalidad del aborto libre o voluntario, respetando la privacidad de la mujer y el derecho a edificar su plan de vida sin interferencias, durante los tres primeros meses de gestación.
- Entre el tercer y el sexto mes, el Estado (previo dictamen de otro médico, en adición al de la mujer que desea interrumpir su gestación) puede establecer restricciones a la libre elección de la madre.
- Finalmente, entre el sexto mes de gestación y el momento del alumbramiento, el aborto no es permitido sino en el caso en que la vida de la madre corra peligro

#### 15.4.- El caso del suicidio.

¿Existe un derecho constitucional a quitarse la vida?

Creemos nosotros que el acto de suicidio constituye una acción privada, y más propiamente, un acto autorreferente (de aquellos que sólo afectan al que lo realiza) y por lo tanto está alcanzado por la cobertura constitucional.

Ha dicho en este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sonado caso "Bazterrica"<sup>2</sup> que las conductas de los hombres que se dirijan contra sí mismos escapan de la regulación legislativa, agregando que el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan.

Dejamos aquí de lado las valoraciones morales o religiosas del hecho, a sabiendas de que desde ésta óptica, podría merecer reproche. Insistimos en que este tipo de actos, aún contrariando a la moral, generan afrenta a la moral privada, y no involucran la barrera de la moral pública. Por tal razón su punibilidad sería inconstitucional.

Y además inconducente, toda vez que un suicidio culmina con la muerte el suicida, quien se castiga a sí mismo con la más dura de las penas a que una persona puede ser sometida: la muerte

Distinta es la situación de la instigación al suicidio, ya que esa conducta puede generar reproche social, y excede el ámbito de la moral privada. La instigación al suicidio afecta a terceros (principalmente al suicida, y por extensión, a su entorno familiar y social)

Coincidimos aquí con Sagués en el sentido de que si bien no podemos indicar la existencia de un derecho constitucional explícito a suicidarse, sí existe la protección constitucional de la conducta del suicida, como acción propia de su privacidad y autorreferente. Prueba de ello es la no incriminación penal de la tentativa de suicidio

### **15.5.- El caso de la eutanasia (diversos supuestos). -**

Entre la ciencia el derecho y la vida, se alojan innumerables paradojas y contradicciones. Si argumentamos que tanto la ciencia, como el derecho y la vida humana están dotadas de una total autonomía, podríamos también concluir que la ciencia y el derecho son autónomas e independientes de la vida humana.

Pero en realidad, la ciencia y el derecho no son autónomas respecto de la vida de hombres y mujeres. La ciencia, por ejemplo, no garantiza *per se* que sus logros contribuyen al progreso espiritual del hombre, e igual circunstancia podemos predicar del derecho. Por otra parte, ni la ciencia ni el derecho pueden

---

<sup>2</sup> CSJN Fallos 308:1392.

alzarse con la pretensión de constituir por ellas mismas un sentido para la vida humana. En suma, queremos sostener que desde esta perspectiva, la ciencia y en nuestro caso el derecho, deben subordinarse a la vida humana.

Por tal razón, entendemos que resulta errónea la inferencia que realizan muchas personas, en el sentido de que todo lo que es técnicamente posible, resultará moral y éticamente aceptable. En realidad, el progreso del derecho y la ciencia ha de estar al servicio del progreso humano, sin cuya satisfacción aquel no tiene sentido

Desde aquí queremos señalar - como corolario de lo dicho - que el derecho, y la ciencia se encuentran al servicio del ser humano y el contexto de la sociedad en que se sitúa, ofreciendo en consecuencia marcos de seguridad jurídica para el ciudadano.

Entendemos asimismo que quien incurre en el mundo de la bioética ha de tener una vocación bifronte; por una parte, habrá de estar familiarizado con el estado actual de los conocimientos científicos, en la forma en que ellos se presentan hoy. Pero por otra, el especialista en bioética debe hundir las raíces de su formación humanista en el ámbito de la filosofía moral, a modo de poder juzgar con suficiente conocimiento de juicio los hechos que al científico, o aún al jurista, se le presentan. Y es entonces desde este escenario argumental que nosotros exponemos la necesidad de vincular el derecho a la bioética, en función de las comunes raíces holísticas e integradoras de ambas disciplinas, para así definir la vinculación existente entre los principios de la bioética, el accionar del derecho, y sus implicancias en la salud de los ciudadanos.

Una de las definiciones más conocidas de la Bioética es la que la propone como *"El estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en la medida en que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales"*<sup>3</sup>. Tal vez la característica más interesante y fructífera de la bioética sea su esencia interdisciplinaria, ya que en ella convergen la medicina, el derecho, la filosofía, la psicología y toda aquella rama del conocimiento que se relacione de alguna u otra manera con la vida y la atención de la salud. Evidentemente, la bioética tiene mucho que ver con el tema que nos ocupa, y es importante contar con su aporte, ya que en ella también el derecho forma parte del debate.

Como bien lo expresa José A. Mainetti, la aportación de la bioética a la presente medicina puede resumirse en tres novedades principales :

|                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------|
| a) la introducción del sujeto moral (consideración del paciente como |
|----------------------------------------------------------------------|

3 REICH WARREN, T. , "Encyclopedia of Bioethics", Vol. IV, New York Free Press, McMillan, 1978

- agente racional y libre, respeto a sus derechos a saber y decidir),
- b) la evaluación de la vida humana (criterio ético de la calidad de vida frente al tradicional de la sanidad y cantidad), y
- c) la justificación del derecho a la salud (la salud como bien social primario y derecho de tercera generación).

Debemos aquí reflexionar, al menos mínimamente, acerca de una circunstancia incontestable: la ética médica ha salvado, de algún modo, a la ética, en cuanto ha reflexionado con seriedad acerca de lo lícito y lo ilícito, en íntimo contacto con problemas reales y a través de la producción de una literatura que cualquier persona medianamente culta podía comprender. Puso a la ética nuevamente en contacto con la vida y con la gente que necesitaba ayuda para enfrentarse con aquella.

Así, reflexiona Diego Gracia que "La ética cristiana o la teología moral nunca se habían alejado tanto de la realidad y, por consiguiente, no eran capaces de tomar la iniciativa cuando volvió la atención a los problemas médicos. Poco a poco, los tratadistas laicos de la ética se incorporaron también a este movimiento.

Es sabido que muchos de los problemas abordados por la teología moral católica se referían al campo de la salud, esencialmente, al médico, en particular, aquellas espinosas cuestiones relacionadas con el comienzo y el fin de la vida, la procreación y la muerte. Ello hasta que - impulsada por la ciencia - la medicina moderna se internó en el campo de la alta tecnología y ofreció nuevas posibilidades a los médicos, los especialistas laicos en ética, que hasta ese momento, se habían conformado con analizar los conceptos morales. Desde allí empezaron a participar en las discusiones.

Siendo que los casos médicos confrontaban a problemas *reales* con personas *reales*, las circunstancias de cada caso meritaban una reflexión ética desde la medicina, la que entonces vuelve sobre sus pasos, entrando nuevamente en contacto con el mundo real.

Así, estas nuevas relaciones nutren al derecho, que se interesa desde nuevas aristas en la problemática de la bioética, relacionando a la salud, con el honor, la vida y la calidad de vida.

Con relación a la calidad de vida, debemos tener presente la estrecha vinculación existente entre ella y la dignidad de la persona. En efecto, el trato digno que merece el ser humano en toda circunstancia, que implica el respeto de su libertad y de su consideración como "fin en sí mismo", cobran aquí

especial interés

Esta reformulación del concepto de vida, interpretada como "vida digna", es sin duda, un planteo bioético con importantes implicancias en el campo de la vida jurídica.

Es en este contexto que evaluaremos la vinculación que tiene la denominada "eutanasia" o "muerte piadosa" con el sistema constitucional, a la luz de los principios rectores de la bioética

La eutanasia, posee las siguientes variantes según el modo en que se la intente practicar. Existe la eutanasia pasiva, concebida como la eliminación de los sustentos médicos para prolongar la vida; la eutanasia activa directa, en la que se le suministra al paciente una medicación que le produce la muerte, y la eutanasia activa indirecta, en la que se le suministra una medicación que - a la vez de aliviar al paciente - le puede ocasionar también la muerte.

Respecto de la eutanasia pasiva, la creemos compatible con la regla protectora de la dignidad humana ya que si el sistema constitucional asegura y garantiza este principio, el mismo debe ser extendido al concepto de morir con dignidad.

Enuncia con acierto Sagues que este derecho incluye también el de no ser sometido a tratamiento de tipo excepcional y extraordinario que impliquen la prolongación precaria y penosa de la vida

Enfrentada a este problema, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos resolvió en el caso de "Nancy Cruzan" que si el propio interesado expresa (así sea con anterioridad al inicio del hecho que provoca su estado vegetativo) su voluntad contraria al sometimiento a este tipo de cuidados intensivos excepcionales, cabe respetar esa decisión, aunque si no lo ha hecho, en principio, no es viable que terceros la adopten por él.

Para el caso de que se acredite que el paciente no pueda ya volver jamás a encontrarse en condiciones de manifestar su voluntad respecto del cese del tratamiento, creemos que con el apoyo de una junta médica o comité de bioética, y la intervención de un asesor de incapaces, su representante legal se encontraría habilitado a tal fin.

El supuesto de la eutanasia activa directa se encuentra por lo general penada por la ley. Se da en el supuesto un marcado conflicto entre el derecho del paciente a una muerte digna y el deber del médico a preservar la vida del enfermo.

Pareciera ser que hasta la fecha, la doctrina y jurisprudencia nacionales apoyan el concepto de que la moral pública rescatada por el art. 19 impone la priorización de la vida del paciente, sobre su derecho a una muerte digna,

cuando la acción se encuentra en manos del facultativo.

En el caso de la eutanasia pasiva indirecta, creemos nosotros puede desconocerse el derecho de un paciente a que se le suministren calmantes aún con riesgo para su vida, si se encuentra consciente de su elección y soportando penurias terminales. Aquí su eventual muerte se encuentra relacionada con su calidad de vida y su dignidad.

En este sentido, se ha impuesto en la práctica del derecho comparado, la realización de los denominados "living wills" o testamentos en vida, por los cuales el paciente puede estatuir el tipo de tratamiento médico que desea se le practique en caso de padecimientos terminales.

Nosotros avalamos esta postura ya sostenida en la mayoría de los estados de los Estados Unidos.

#### **15.6.- La cuestión de la desaparición forzada de personas: análisis de la Convención Interamericana de Desaparición de personas.-**

La argentina de 1976-83, marcó la pauta clara del punto a que puede arribar la actuación del *Terrorismo de Estado* en el marco de un Estado autocrático, cuando se pierde todo panorama de la regla del sometimiento del Estado al Derecho.

Si el terrorismo es un espantoso flagelo (lo hemos vuelto a sufrir recientemente, con las inesperadas acciones terroristas en la embajada Israelí y luego la AMIA), la actuación *en igual sentido* por parte del Estado, termina de conducirnos a un terrible callejón "sin salida".

La resolución aprobada en la 7ma. sesión plenaria de la Asamblea General de la O.E.A. celebrada el 9 de junio de 1994, por la que se adopta la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, quizá implique para los argentinos que conservan la memoria sobre el "horror", la culminación de un camino, comenzado formalmente con la emisión del Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1980 y profundizado con la posterior emisión, entre nosotros del "Informe Sábado" y el por todos conocido juicio a las "Juntas Militares"

Es por ello, que la temática de la Convención en análisis posee mucho en común con nuestra historia reciente. Al punto que la Convención Nacional Constituyente, reformadora de la Constitución Nacional en 1994, incluye en su art. 43, una referencia expresa a esta temática, al regular la figura del

"habeas corpus" cuando enuncia que :

Art.43: Cuando el derecho lesionado, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas ; la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado, o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio

Así, no debemos olvidar todo lo que nuestros pueblos de Chile y Argentina deben a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ello más allá de la evaluación de su "discutible eficacia" en algunos supuestos que no es del caso tratar aquí, ya que fueron sus informes, emitidos tras pacientes, responsables y riesgosas investigaciones "in loco", los primeros en alertar a la opinión pública internacional acerca de lo que estaba ocurriendo en estos dos países .Con ello ayudaron a sus hombres y mujeres de buena voluntad, a salir del infierno.

Es real que la desaparición forzada de personas se ha constituido, desde tiempos pretéritos, en una brutal práctica, aunque a nosotros, *argentinos de la culminación del milenio* , nos ha correspondido el "horrendo privilegio" de haber asistido a la instalación de la figura, aplicada consciente y deliberadamente, en modo sistemático como forma de silenciar los reclamos de la ciudadanía ante lo que Ricardo Molinas dio en llamar "la degradación moral y material de la República"

Era un secreto a voces entonces, la necesidad de la sanción de un instrumento internacional sobre la desaparición forzada de personas, habida cuenta la resultante de la atroz experiencia vivida en latinoamérica. A un logro similar, se había arribado anteriormente con la sanción de la Convención contra la Tortura, hoy jerarquizada por el art. 75 inc. 22 de la C.N.

Se fundamentó tal necesidad en que ello evitaría los artilugios o maquinaciones que alegarían incompetencia, falta de jurisdicción, inexistencia de norma expresa regulatoria de la figura en las legislaciones locales y tantas otras maniobras dilatorias tendientes a impedir el castigo a quienes cometan tales atrocidades.

Existe consenso hoy, al menos entre nuestros doctrinarios, especializados en el tema , de que estos delitos son, y deben considerarse "*de lesa humanidad*" y a partir de ello, no deben ser susceptibles ( como lo han sido

entre nosotros) de perdón, indulto, amnistía o prescripción. Ello así, pues como acertadamente ha sostenido Mónica Pinto, cuando se trata de desaparición forzada de personas, la represión no es conforme a derecho, ni contraria a derecho; *es un manejo prescindente del derecho*.

Así, siguiendo las pautas ofrecidas por PINTO, se puede configurar a la desaparición de personas como "hecho" en función de las siguientes pautas comunes:

1. La aprehensión de uno o mas individuos, a los que se califica de opositores, subversivos o, en fórmula ómnibus, peligrosos solamente por obstruir la aplicación del sistema, llevada a cabo en operativos protagonizados por Fuerzas Armadas o de Seguridad, o quienes vistiendo de civil y portando armas, actúan con respaldo, o, al menos, tolerancia de la autoridad.
2. La negativa del Gobierno a asumir responsabilidad en el hecho y de llevar a cabo las diligencias necesarias para esclarecer lo sucedido.
3. El rechazo sistemático de las Fuerzas actuantes de proveer información sobre la víctima.
4. La prolongación indefinida de una situación "nebulosa", fronteriza entre la vida y la muerte.

Respecto de la necesaria ubicación de la figura de la desaparición forzada de personas, o "desaparecimiento", como es denominada en España, en el marco del Derecho Penal se cuestiona la doctrina si el mismo ha de ser tipificado como delito *especial y autónomo* o como *agravante* de delitos con resultado privación ilegítima de la libertad.

Si bien es una realidad que las modernas tendencias en materia penal, tienden a la no inclusión de nuevas figuras delictivas, como regla, lo que se condice con una nueva y - al menos - humanista y democrática concepción del Derecho Penal, no es menos cierto que esta modalidad, representada por la figura de la desaparición forzada de personas que nos toca comentar, se consustancia con una experiencia histórica vivida en la Argentina y que no es dable desconocer.

En síntesis, si se pretende en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho al que adscribimos, una reestructuración de la normativa penal, ha de modificarse la gradación de los bienes jurídicos protegidos, empezando por la defensa del ser humano como personalidad, resumen de todos los derechos individuales y sociales; es en ese marco, admisible el tratamiento de una *figura*

*autónoma referida al delito de desaparición de personas.*

No desconocemos que en otros ámbitos, se ha resistido la caracterización de esta figura en modo autónomo, atendiendo a razones de corte procesal, mas precisamente, probatorias (delito de prueba imposible), pero creemos que nuestra específica inserción en el ámbito latinoamericano, sumado a ello nuestra peculiar y dolorosa experiencia histórica, nos anima a sumarnos a quienes sostienen que la figura debe ingresarse en los códigos penales como *delito autónomo*.

No se deja de reconocer que nuestro Código Penal ofrece pautas que permiten individualizar tales conductas (arts. 141 y 142 del Cod. Penal) , pero ello no alcanza, sobre todo atendiendo a las particularidades que presente el sujeto pasivo del delito, y las finalidades que habitualmente llevan a su comisión.

Respecto del bien jurídico protegido por la figura, resulta ser el derecho a la *libertad y seguridad* de la persona, aunque en el contexto señalado precedentemente de protección a la *identidad del individuo* , ya que la libertad no solo se relaciona con aspectos materiales, sino además con elementos de orden moral o intelectual. Por otra parte, el derecho a la seguridad se encuentra estrechamente relacionado contra la protección de las personas frente a todo modo de acción arbitraria que afecte o ponga en peligro su vida, integridad física o psíquica y libertad personal.

Es indudable, en este sentido, que los artículos 6to. y 7mo. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ofrecen la pauta de distinción del concepto de "desaparición forzada de personas" frente a otras violaciones a los Derechos Humanos. El primero, por consagrar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano, el segundo por indicar que todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

Por otra parte, necesario es destacar que las desapariciones forzadas de personas, tienen lugar *no solamente* en países con gobiernos militares o autoritarios, que las producen de modo planificado, sino *también* en Estados con gobiernos *formalmente democráticos* (democracias "aparentes", en los términos de LOEWENSTEIN).

Por ello resulta necesario definir exactamente la figura, a fin de no dejar "escapar" ningún concepto, que luego de "filtrado", genere potencialmente, la justificación o impunidad respecto de nuevas "atrocidades" de las que luego la Comunidad Internacional tenga que arrepentirse.

Respecto del sujeto pasivo de esta acción delictual, puede ser cualquiera

que obstruya los planes de represión Estatal. Así, aunque todos coincidamos en que ciertas conductas solo deben ser patrimonio del pasado histórico argentino, resulta necesario adecuar la legislación local a la práctica delictiva, incorporando la figura de la desaparición forzada de personas al Código Penal, como asimismo, la elaboración de reformas tendientes a incorporar, en materia procesal y probatoria, técnicas adecuadas a ese fin

Respecto de la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas en sí, podemos decir que ya su preámbulo nos alerta acerca de una circunstancia que no debe ser desatendida: *hoy subsiste en el área, la desaparición forzada de personas*, reconociéndose luego que tal actitud constituye una afrenta a la conciencia del hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la carta de la O.E.A., violando múltiples derechos esenciales de la persona humana (a los que nos hemos referido ya en párrafos anteriores)

La enunciación del preámbulo, que se rescata, denota una profunda preocupación por el hecho de que en muchos países, y en modo persistente, tienen lugar, a la fecha, desapariciones forzadas de personas, lo que significa advertir con preocupación que habitantes son arrestados, detenidos o secuestrados contra su voluntad o privadas de su libertad de un modo u otro, por agentes de gobierno de cualquier servicio o nivel, por obra de grupos organizados o particulares que actúan en nombre o con apoyo del gobierno, su autorización o asentimiento, quienes se niegan luego a revelar la suerte de esas personas o el lugar en donde se encuentran, o al menos, a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

Debe ser apuntado a éste respecto, que si bien la práctica sistemática de esta figura *es equiparable a un crimen de lesa humanidad*, tal importante enunciación no ha sido receptada en la Convención.

Creemos que la postura asumida implicó un "franco retroceso" frente a las pretensiones iniciales en este sentido. Se recuerda aquí que la desaparición forzada de personas había sido calificada como "crimen de lesa humanidad" por diversas resoluciones de la Asamblea General de la O.E.A.

Sin perjuicio de ello, bueno es reconocer algunos importantes logros de la Convención. Así, el art. I establece su objeto general, tal es la obligación de los Estados Partes de *prevenir, sancionar y erradicar* la desaparición forzada de personas como práctica.

En el art. II se define la figura, requiriéndose para su procedencia, en principio, *un secuestro o detención arbitraria, efectuado por agentes de*

*Gobierno o que actúen de algún modo bajo su control operativo.* De tal contexto se infiere que la desaparición de personas, encuadrada como delito en esta normativa, *no se tipifica cuando delincuentes comunes secuestran a una persona*, ya que la gravedad en los delitos que encuadra la Convención, está dada en la circunstancia de que sus autores gozan de impunidad al contar con la tolerancia o protección de organismos gubernamentales.

Su art. III tiende a establecer el *carácter autónomo* que tiene el crimen de desaparición forzada de personas, con el compromiso de los Estados Partes, de adoptar *tipos penales autónomos* que definan la figura, sumándose a ello, que ellas se considerarán *delitos continuados o permanentes mientras no se establezca el paradero de la víctima*. También admite el artículo en cuestión, que los Estados partes regulen *atenuantes* para aquellos partícipes que hubiesen colaborado para la aparición con vida de la víctima, o suministren informaciones que permitan esclarecer el hecho.

Ello permitirá revivir la discusión, en nuestro medio, de la posibilidad de admitir la figura del "arrepentido". Esta modalidad, que ha recogido una sugerencia que formularan algunas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, establece una norma que ya existe en algunos países, como los Estados Unidos de América, que puede facilitar el esclarecimiento de algunas situaciones.

De todos modos, nos parece *altamente desacertado* no haber excluido expresamente de tales beneficios a quienes fuesen autores directos de torturas u homicidios comprendidos en la desaparición de personas, como los propuso oportunamente la comisión respectiva, en su anteproyecto

Los artículos subsiguientes regulan los efectos jurídicos que tendrá la calificación del delito : aquí es donde se advierte que si bien se ha dejado de lado la calificación como delito de "lesa humanidad", se admite el principio de jurisdicción universal para juzgar y sancionar el delito, la obligación de extraditar a los responsables, la imprescriptibilidad de la acción y de las penas, como también la improcedencia de ciertos actos jurídicos de los que pueda resultar la impunidad

Es importante resaltar - al menos así lo estimamos - lo dispuesto en el art. VII, 2da. parte, en cuanto genera el compromiso de los Estados Partes, para que en la formación del personal, o los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, *se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas*

En otro orden de ideas, la Convención dispone en su art. IX, que no podrán invocarse como causales de exculpación, circunstancias excepcionales

tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública. Se indica que en tales casos se conservará el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces, como medio para determinar el paradero de personas privadas de libertad, o su estado de salud, o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de la libertad o la hizo efectiva.

Esta normativa se dicta sobre la base de la experiencia acaecida en países donde ocurrieron desapariciones forzadas de personas y en los que *el Poder Judicial tuvo una actitud pasiva que permitió la práctica de ese perverso fenómeno.*

El art. XI torna aplicable, para los Estados Partes en la Convención, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, de la Organización de las naciones Unidas<sup>4</sup>.

El art. XII constituye una versión *diluida* de lo que se proyectaba en el anteproyecto elaborado a fin de su aprobación, respecto de la recíproca cooperación debida por los Estados Partes en la búsqueda, localización y restitución de menores que hubiesen sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores

Los artículos XIII y XIV, por su parte, establecen la normativa aplicable a fin de tramitar peticiones por ante la C.I.D.H. en que se alegue la desaparición forzada de personas.

Para finalizar este análisis, queremos hacer notar que el presente tiende a evaluar una normativa que - con sus defectos - significa un auspicioso avance en la protección de los Derechos Humanos y la nunca culminada lucha por lograr su efectiva vigencia.

Sólo agregaremos a lo expuesto que la presente Convención ha sido la primera a la que el Congreso de la Nación Argentina le ha asignado jerarquía constitucional, siguiendo el procedimiento dispuesto en el art. 75 inc. 22 del texto supremo, por lo que este instrumento internacional sobre derechos humanos resulta ser ahora una nueva pauta de interpretación obligatoria para los poderes públicos argentinos, y objeto - por ello - de estudio del derecho constitucional argentino.

## **15.7.- Los derechos a la identidad, personalidad jurídica, nombre, nacionalidad, honor y propia imagen: su análisis y desarrollo. El**

---

<sup>4</sup> Res. Nro. 663[XXIV] del Consejo Económico y Social, del 31/3/57

## **derecho a la integridad física y psíquica.**

Es sabido que el concepto de identidad es el presupuesto de cualquier discurso racional. En ese contexto es dable sostener que ya desde tiempos remotos, la identidad hubo de pensarse como *identidad concreta* y no como identidad abstracta: como identidad del individuo, de aquello que es único y por ello, identificable.

Pero la identidad es tal en un contexto de transformación permanente. Y la maduración de la filosofía y la ciencia dada en la modernidad, nos ha llevado a cambiar la regla de la fundamentación, que pasó del principio de autoridad al de la experiencia individual, que es la auténtica herencia del mundo moderno.

Y este principio nos impone no admitir nada como verdadero hasta tanto yo, como sujeto, no pueda reconstruir en mi propio espíritu el acto de razonamiento que ejecuta otro.

Por ello, debemos resaltar aquí que el sujeto humano sólo se constituye a partir de buscar y lograr su propia identidad, lo que nos impone - en este mundo conflictivo y complejo que nos presenta la posmodernidad - tratar de encontrar las formas de acuerdo entre todos para poder preservar la identidad de cada quien.

No podemos dejar de recalcar aquí que tener identidad, no es un mero adorno, ni una realidad de fantasía. Si yo sé que soy el mismo que fui ayer, estaré construyendo la base de mis posibilidades de tener derechos, de tener garantías.

Samaja nos aclara en forma brillante que: el concepto de identidad no debe ser concebido como una propiedad abstracta y misteriosa de la realidad, sino como una maravillosa construcción humana para hacer posible el dominio de las cosas, de sus cambios, y de su diversidad.

Por ello creemos nosotros que el sistema constitucional prioriza la defensa y la búsqueda de la identidad de cada quien, como condición de su propia unidad.

Resaltamos nosotros por ello el grave daño a la identidad de nuestra población que han producido dos hechos puntuales de la dictadura de 1976-1983:

- a) El siniestro concepto de la "desaparición de personas" que ha impedido a una sociedad entera, el conocimiento de sus identidades, ascendencias y descendencias, ya que los desaparecidos, "no estaban"

b) El proceso de sustracción y cambio de identidad de niños, generado en tal contexto

Por tal razón, coincidimos con quienes enfatizan que el sistema debe atender a la defensa y proyección de la identidad del grupo social que lo integra, preservando tanto la identidad biológica de filiación consanguínea como la preservación de la identidad cultural, ya que es evidente que todo menoscabo de la identidad que se produce, mortifica y ofende a toda la sociedad, a su cultura y a las esperanzas de sus integrantes.

Así, el sistema constitucional avala la existencia del derecho a la identidad de los habitantes que lo integran (presuponiéndolo para su funcionamiento), que incluye también al reconocimiento de su identidad sexual.

Señala Sagues al respecto, que ello no implica la posibilidad arbitraria del cambio de sexo, sino de admitir la "diferencia" expresada en conciencia por el sujeto cuando ello no sea irrazonable ni caprichoso.

Es nuestra postura al respecto, en consonancia con lo antes expuesto, que las conductas autorreferentes deben ser aceptadas por el Estado, ya que un cambio de sexo, puede "molestar" al entorno del transexual, pero no ofende - por caso - más que a la moral privada de quien genera ese cambio.

Reiteramos, las sociedades pluralistas deben admitir las diferencias, sobre todo cuando ellas hacen a la conformación de la verdadera identidad del "diferente".

Ha dicho con justeza el maestro Bidart Campos en referencia a la posibilidad de cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados, que en esos supuestos: estamos ante un drama de la vida biográfica de un ser humano concreto. No es un homosexual, ni un hermafrodita, ni un travesti; es un transexual al que se le practicó una operación de "cambio de sexo", y quiere que el Estado lo identifique y registre a partir de ahí como mujer. No como el hombre que su acta de nacimiento dice que es (o era), calificando además como "presunta" la delictuosidad de la operación quirúrgica transformadora del sexo morfológico genital.

Aprobamos nosotros tan garantizadora viabilización del derecho a la identidad, que ya va tomando cuerpo en los precedentes que ha sentado nuestra jurisprudencia., admitiendo que el transexual que asume biográficamente su modo de "estar" viviendo, se instala así no como un transeúnte, sino con radicación permanente y sucesivamente igual

Cerraremos este punto, con una muy lograda advertencia de Bidart Campos:

"Si con Marías (Julián) interrogamos ¿quién es? Cada transexual, no vale responder que es un varón o una mujer desviados. Es un "yo" con su drama a cuestas, que definirán otras ciencias no jurídicas, pero que el derecho no puede definir por sí solo con slogans normativos ni con las registraciones "standard" de las actas de nacimiento en los libros del estado civil de las personas. Esas identidades "oficiales" no son siempre biográficas"

Del contexto explicado, podemos derivar los derechos a la personalidad, al nombre, a la nacionalidad, propia imagen y honor de las personas:

El derecho a que el Estado reconozca la *personalidad jurídica* de los individuos que lo integran, surge en modo implícito de la Constitución textual (arts.14 y 33) y expreso de ciertos instrumentos internacionales a los que hemos hecho referencia al principio de este capítulo (en particular, art. 3° de la CADH).

Señala Sagues que en el derecho histórico han existido negaciones dl derecho a la personalidad para esclavos o muertos civiles. Nosotros añadimos a este contexto la condición de desaparecidos que la dictadura militar argentina reciente endilgó a una importante porción de la sociedad argentina.

En relación al *derecho al nombre*, la Constitución no lo precisa en forma expresa, aunque resulta ser una prerrogativa constitucional tácita (art. 14 y 33 C.N.) también derivada del derecho a la identidad y personalidad, afianzada ahora con lo surgente de los instrumentos constitucionales jerarquizados por el art. 75 inc. 22 CN. , habiendo puntualizado la C.A.D.H.(art. 18), que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres, o al de uno de ellos, admitiendo la reglamentación legal para estos supuestos.

En este sentido, la Ley 18.248 que entre nosotros reglamenta ésta cuestión prohíbe imponer nombres extravagantes, ridículos, contrarios a las costumbres argentinas que signifiquen tendencias políticas o ideológicas, o que susciten equívocos en cuanto al sexo (art. 3° inc. 1°)

Frente a tan ambigua enunciación, sólo podemos alertar que la autoridad de aplicación no podrá actuar de forma tal que invada el la legítima prerrogativa de los habitantes al nombre, y en consecuencia, su accionar no podrá ser arbitrario o cercenante del derecho que reglamenta.

Finalmente, saludamos con beneplácito la eliminación de la regla carcelaria que imponía la asignación de un número a cada interno (en vez de su nombre y apellido), a modo de procedimiento idóneo para borrar toda huella de su identidad

Con relación al *derecho a la nacionalidad*, al que nos referiremos con

mayor extensión en el capítulo XVII, sólo diremos aquí que es rol del Congreso de la Nación, el de regular la nacionalidad y ciudadanía con sujeción al principio de la ciudadanía natural y por opción en beneficio de la argentina.

Observamos con agrado el hecho de que la Convención Constituyente haya solucionado, a favor de la persona humana, la cuestión del otorgamiento de ciudadanía por opción a los extranjeros hijos de padres argentinos, que así lo soliciten, disipando las impugnaciones de inconstitucionalidad que en ese punto la doctrina nacional le efectuó a nuestra Ley de Naturalización y ciudadanía, cuando el único principio por el que el Congreso podía legislar sobre la ciudadanía y naturalización era el de "jus soli".

Ello condice con la regla del derecho internacional que indica que todos tienen derecho a la ciudadanía (como atributo de su personalidad), y nadie puede ser privado de ella arbitrariamente.

El derecho a la propia imagen ha sido fuertemente vinculado a la intimidad de la persona. Así, esa imagen no puede ser difundida sin el consentimiento expreso del interesado.

Un interesante caso permitió que la jurisprudencia nacional<sup>5</sup> ratificara esa garantista posición. Encontrándose el líder político Ricardo Balbín (U.C.R.) en una situación vital crítica, asistido con respirador artificial, agonizando en una clínica de la ciudad de Buenos Aires, un medio periodístico nacional lo fotografió en esas condiciones, en forma subrepticia y contra las disposiciones expresas indicadas a la prensa por la familia del político.

Al ser llevada la empresa periodística a juicio por la viuda del político, ya muerto, esta alegó su derecho a la libre información y la circunstancia de que se trataba de una persona pública.

Al fallar, la Corte Suprema de Justicia reconoció el derecho a la intimidad y propia imagen del fallecido político, y pese a haber sido en vida una persona pública, alegando que aún las celebridades tienen el derecho a un espacio de intimidad (en particular, teniendo en cuenta las dolorosas circunstancias en que se produjo el hecho), concluyendo que se había violado su derecho a la privacidad.

También involucró esa sentencia otra arista del concepto de propia imagen, relativa al honor de las personas, teniendo en cuenta que ciertas expresiones pueden llegar a tener el alcance de dañar la reputación de las personas.

Asimismo, el derecho a la propia imagen involucra la habilitación constitucional para que cada persona manifieste su aspecto exterior (vestido,

---

5 CSJN Fallos 306:1907 Caso "Ponzetti de Balbín".

apariencia física) en la forma que le plazca siempre y cuando respete a los terceros, al orden y a la moral pública, y resguardando esa propia imagen de las reproducciones indebidas o no autorizadas

Respecto del *derecho al honor*, el mismo implica el reconocimiento de que toda persona debe ser protegida en el concepto referente de su propia valía y dignidad, en tanto ella se corresponda con los parámetros generales existentes en un momento histórico y social determinado

la Corte Suprema ha tenido un activo rol en la configuración jurisprudencial<sup>6</sup> de este derecho implícitamente consagrado en nuestra Constitución (art. 14 y 33 CN.).

Así, ha admitido que el derecho al honor justifica la sanción penal en caso de que los actos lesivos lo ataquen, surgiendo entonces, la responsabilidad civil consecuente, regulada por los arts. 1089 y 1090 del Código Civil Argentino.

Finalmente, ponemos aquí de resalto que la CADH ratifica la vigencia de este derecho en su art. 11 inc. 1° y 2°

Mención aparte merece el tratamiento del *derecho a la integridad física y psíquica* de las personas, que implica en todos los casos, la preservación, sin menoscabo alguno, de la estructura mental y corporal del ser humano.

El corolario de esta regla constitucional es la exclusión de toda pena, procedimiento o tratamiento que tengan por fin la privación o inhabilitación premeditada de alguna parte del cuerpo humano, su mente o su espíritu (cualquiera fuese el propósito que animó a tales actos).

Ponemos fuera de esta regla a los transplantes de órganos con fines médicos debidamente autorizados, como asimismo a las operaciones tendientes al cambio de identidad, tal como lo enunciamos en párrafos anteriores, ya que no observamos en esos casos, actos de mutilación, sino acciones médicas para preservar la vida y la identidad de las personas.

El tratamiento de esta cuestión invita a enfatizar que la tutela de la libertad de las personas se extiende a garantizar que nadie opere sobre ellas tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La historia de la humanidad - y la nuestra propia - ha dado acabadas señales de la vastedad que puede incluir este tipo de acciones, lo que ratifica que no sólo la bondad, sino también la crueldad del género humano pueden ser infinitas.

Volviendo ahora al aspecto normativo, diremos que la cláusula de nuestra Constitución que más intensamente se relaciona con esta regla es el artículo 18

---

6 Cfr. CSJN Fallos: 306:1907 (Ponzetti de Balbín), 308:799 (Campillay), 310:525 (Costa) entre muchos otros.

al indicar que quedan abolidos "para siempre" toda especie de tormento y los azotes, agregando que las cárceles de la Nación han de ser sanas y limpias para seguridad, y no para castigo de los reos. Permítasenos volver sobre el tema al abordar el Capítulo XXII.

### **15.8.- Los derechos fundamentales y la tortura: desarrollo. Su abolición en 1860**

El párrafo del artículo 18 de la Constitución, que comienza indicando la prohibición para siempre de la pena de muerte por causas políticas, agrega luego al marco vedado toda especie de tormentos y los azotes

A lo expuesto debemos agregar que a Convención Constituyente de 1860 suprimió la enunciación de la frase " y las ejecuciones a lanza y cuchillo", principalmente por sostenerse que era una vergüenza que una Constitución moderna y civilizada admitiese que se habría propiciado ese tipo de ejecución en alguna ocasión.

Así, se preguntaba el Convencional Mármol "¿qué significará morir a lanza ó cuchillo? respondiéndose a sí mismo, que: habría sido más lógico y expeditivo que el Congreso Constituyente hubiera dicho quedan suprimidos los bárbaros, quedan suprimidos los tiranos, o algún otro nombre así: quedan suprimidos los demonios, porque sólo a los demonios se les puede ocurrir matar a lanza o cuchillo a los hombres"

Finalmente, la comisión redactora propició que:

"..Era vergonzoso conservar esas palabras, y que hoy no pueden existir hombres tan bárbaros para quienes sea necesario establecer esa prescripción en la Constitución. ¿Qué se diría de un país en que se encontrara una ley que prohíbe lo que es resultado de la civilización y de la moral? Todos sabemos el origen que ha tenido la barbarie que ha oprimido a estos países, pero la Comisión ha creído que esas palabras no deben quedar consignadas por un momento a pesar del buen espíritu que las dictó, pero hoy, ese espíritu puede traducirse de otro modo"

Poco es lo que puede añadirse a tan jugosas palabras de los Convencionales reformadores

Sólo añadiremos nosotros, a fin de complementar la noticia histórica, que Según cuenta la crónica de nuestros primeros años de vida institucional, ya en

vigencia la reforma constitucional de 1860, el caudillo "Chacho Peñaloza" fue mandado a ejecutar por la intervención del gobierno sanjuanino "...a lanza y cuchillo..."

- Luego de reimplantada la democracia constitucional entre nosotros en 1983, y con el objeto de profundizar la lucha contra la tortura emanadas de funcionarios estatales, el Congreso de la Nación sancionó la ley 23.097 en 1984 que se ocupó de modificar el art. 144 del Código penal estableciendo la pena de reclusión o prisión de tres a diez años, e inhabilitación absoluta y perpetua para el funcionario público que impusiese a los presos que guarde (legítima o ilegítimamente), cualquier especie de tormento. La norma clarifica el concepto de tortura, a la que define como no solamente a la suma de tormentos físicos, sino además a la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando ellos tengan gravedad suficiente. Yendo aún más allá, la Convención Constituyente de 1994, le otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.) a la Convención para la Prevención y Sanción del genocidio y a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar a la Tortura, a lo que debemos sumar en particular: El art. 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona) El art. 5° 1° de la C.A.D.H. (el acápite: derecho a la integridad personal, se complementa con su inciso 1° que indica que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. El inc. 2°, 1° parte (Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o a tratos inhumanos o degradantes)
1. El art. 7° del Pacto Internacional de Naciones Unidas (Nadie será sometido a torturas), agregando luego en forma particularizada que (nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos)
- 15.9.- Preguntas, notas y concordancias.** Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.
- ¿Modificaría Ud. la Constitución para reimplantar la pena de muerte en casos de delitos aberrantes (por ej. Violación de niños seguida de muerte)? Fundamente su respuesta**
- ¿Considera Ud. ajustada a la Constitución la punibilidad de quienes transitan en motocicletas sin casco protector? Fundamente su respuesta.**
- ¿Qué opina Ud. del criterio seguido por la jurisprudencia**

**norteamericana respecto de la interrupción voluntaria del embarazo?**

**¿Cree Ud. adecuada la jerarquización constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas? ¿Que opina Ud. de la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Ponzetti de Balbín"? Fundamente su postura** Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Bidart Campos, Germán: Constitución y derechos humanos. Edit. Ediar, Buenos Aires, 1991 De autores varios (Alicia Pierini, coordinadora): El derecho a la identidad. Edit. EUDEBA, Buenos Aires, 1993.
2. De autores varios: La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. Edit. Paz, Buenos Aires, 1989. Ekmekdjian, Miguel: Temas Constitucionales. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1987 (En particular, Capítulo 1º)
3. Jiménez, Eduardo: La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas. En Revista Jurídica "El Derecho" Suplemento: Temas de derecho internacional. Del 14/11/1995, ag.19 y ss. Mellor, Alec: La Tortura. Edit. Buenos Aires, Buenos Aires, 1960.
4. Rodríguez Molas, Ricardo: Historia de la Tortura y el Orden Represivo en la Argentina. Edit. EUDEBA, Buenos Aires, 1985 (II Tomos)

Respecto de las concordancias del Capítulo, ellas vincularán lo expuesto a dos importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que la reforma constitucional jerarquizó conforme lo dispuesto en su artículo 75 inc. 22.

## **LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO.**

### **(Detalle de sus estructuras)**

En forma análoga a lo hecho en el capítulo anterior, resumiremos en cuadros las estructuras y principales disposiciones de la Convención contra la Tortura, y de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de

Genocidio.

## **CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES.**

**(Su estructura)**

### **Preámbulo.**

### **DEFINICIÓN DE "TORTURA".**

En el artículo 1 de la Convención se tipifica cuáles actos se consideran ser calificados de *tortura*, bajo qué circunstancias, y cuál es su sujeto activo. A los efectos de la Convención, se entiende por "tortura" a *"todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas"*.

### **DEBERES DE LOS ESTADOS PARTE.**

En la Parte 1 de la Convención - artículos 1 a 16 -, se regulan los deberes a los que se someten los Estados Partes firmantes de la misma. Entre los principales encontramos los de:

- tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura (art. 2),
- velar por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal (art.4),
- comprometerse a que los delitos de tortura se consideren incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo tratado celebrado entre Estados Parte (art. 8),
- velar por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, del personal médico y de los funcionarios públicos (art. 10),
- velar por que la legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada (art. 14),
- asegurarse de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en cualquier procedimiento (art. 15).

### **ÓRGANOS DE APLICACIÓN.**

En la Parte 2 de la Convención se establecen las funciones del Comité contra la Tortura, la forma de elección de sus miembros, la duración en sus cargos, etc.

Entre las principales funciones del Comité se encuentran las de :

- examinar los informes presentados por los Estados Parte, de los cuales podrán hacer los comentarios que estimen pertinentes y transmitírselos al Estado interesado.
- podrá, asimismo y si lo considera justificado, iniciar investigaciones confidenciales para determinar si un Estado Parte esta llevando a cabo la práctica de la tortura.

• conocerá en todo asunto que se le someta, en virtud de conflictos entre Estados Parte, tendrá competencia para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. Dicha comunicación será remitida al Estado Parte acusado de violación de las disposiciones convencionales, el cual deberá remitir informe al Comité sobre la misma.

### **OTRAS DISPOSICIONES.**

En la Parte 3 de la Convención se regulan las normas atinentes a la adhesión, ratificación y firma de la Convención, a las reservas y denuncias, a la fecha de su entrada en vigor, etc.

## **CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO.** (Su estructura)

### ***Preámbulo.***

### **DEFINICIÓN DE "GENOCIDIO".**

La Convención, luego de confirmar que el genocidio es un delito de derecho internacional (art. 1), expresa que se entenderá por éste a *"cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal :*

- a) *Matanza de miembros del grupo ;*
- b) *Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo ;*
- c) *Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial ;*
- d) *Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo ;*
- e) *Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo."*

### **OTRAS DISPOSICIONES.**

La presente Convención consta de 19 artículos y no está dividida en partes, a contrario de las vistas anteriormente.

Algunas de las normas más relevantes son las siguientes :

- el compromiso de los Estados Parte de adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar las disposiciones de la Convención, mediante el establecimiento de sanciones penales (art. 5),
- el genocidio y los actos enumerados en el artículo 3 no serán considerados delitos políticos, comprometiéndose las partes a conceder la extradición (art. 7),
- las controversias entre las partes contratantes, relativas a la aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad del Estado, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes (art. 9) ;
- se regulan también las normas atinentes a la adhesión, ratificación y firma de la Convención, a las reservas y denuncias, a la fecha de su entrada en vigor, etc.

**15.10. Autoevaluación.1. Defina las conceptualizaciones "amplia" y "restringida" del derecho a la vida y sitúe al sistema constitucional argentino en ambos contextos:.....**

.....  
 .....  
 .....  
 .....  
 ....

**2.Desarrolle la regulación del derecho a la vida en la C.A.D.H. y sus vinculaciones con las figuras del aborto y la pena de muerte:.....**

.....  
 .....  
 .....  
 .....  
 ..

**3. Efectúe un desarrollo conceptual de los contenidos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas:.....**

.....  
 .....  
 .....

.....  
 ....4. Defina al derecho a la identidad, y relaciónelo con los derechos al nombre, a la personalidad jurídica, a la nacionalidad, al honor y a la propia imagen:.....  
 .....  
 .....  
 .....  
 ..

5. ¿Cómo se vincula nuestro sistema constitucional a la prohibición de la tortura?

.....  
 .....  
 .....  
 .....