

La vida primer derecho humano

Facultad de Derecho



UCA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
SEPTIEMBRE DE 2010



INDICE

Presentación	3
Gabriel Limodio	
PARTE I	
I.1. La defensa de los que tienen menos poder	5
Victor Manuel Fernandez	
I.2. La ilegitimidad del Aborto en el Régimen Jurídico Argentino	7
Foro UCA Vida y Familia	
I.3. No existe un derecho al aborto	13
No existe un derecho a causar la muerte de los propios hijos	
Facultad de Derecho - UCA	
I.4. El debate sobre la despenalización del aborto	15
Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible	
Catalina Elsa Arias de Ronchietto	
I.5. Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla?	27
Daniel Alejandro Herrera	
I.6. El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto	45
Análisis sintético del estado actual del debate	
Jorge Nicolás Lafferriere	
I.7. Aborto y mortalidad materna	53
María Inés Franck	
PARTE II	
Análisis legal: El derecho a la vida del niño por nacer	
en el sistema jurídico argentino	59
Úrsula Basset - Ricardo Bach de Chazal	
II.1. El texto de la Constitución Nacional y el derecho a la vida	63
II.2. El derecho a la vida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	65
II.3. El derecho a la vida humana en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948).....	69
II.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la protección de los niños.....	71
II.5. El derecho a la vida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	73
II.6. El niño por nacer, el derecho a la vida y el aborto	
en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	75
II.7. El derecho a la vida y la prohibición del aborto en la Convención sobre los Derechos del Niño	81
II.8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales.	87
II.9. El Código Civil y el reconocimiento del concebido como "persona por nacer"	99
II.10 El Código Penal y la protección de la vida por nacer.....	103

Coordinador: Jorge Nicolás Lafferriere

FACULTAD DE DERECHO | PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
Edificio Santo Tomás Moro | Campus Universitario Puerto Madero | Av. Alicia Moreau de Justo 1400
Teléfonos: 4349-0213 | leynatural@uca.edu.ar | www.uca.edu.ar

Lafferriere, Jorge Nicolás y otros

La vida, primer derecho humano. - 1a ed. - Buenos Aires : Educa, 2010.

106 p. ; 20x28 cm.

ISBN 978-987-620-158-2

1. Aborto. 2. Derecho a la Vida. I. Título

CDD 345.02

Fecha de catalogación: 01/09/2010

LA VIDA, EL PRIMER DERECHO HUMANO

Gabriel Limodio¹

Desde el año 2000, se han presentado en el Congreso Nacional más de 40 proyectos de ley de despenalización del crimen del aborto. Esta fuerte presión para la legalización de una conducta que importa dar muerte a una persona en las etapas iniciales de la vida ha suscitado un fuerte debate. La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina quiere realizar un aporte en favor de la defensa y promoción del reconocimiento ético-jurídico del derecho a la vida de cada persona humana.

Diversas causas inciden en una creciente desvalorización del bien jurídico vida humana. Una cosmovisión antropológica reduccionista y materialista, que tiende a convertir a la persona humana en mero material biológico disponible, junto con una pérdida del carácter relacional de la vida humana en virtud de un individualismo radicalizado, que mina las bases de la convivencia y debilita los deberes de justicia hacia el otro como prójimo que también nos ha sido confiado, generan un clima cultural que debilita fuertemente el carácter absoluto del derecho a la vida. En tal contexto, se abren camino iniciativas que privan a unos seres humanos del primer y fundamental derecho humano, el de la vida.

Sólo el reconocimiento de la inviolable dignidad de cada vida humana, con independencia de su sexo, caracteres o accidentes, brinda bases sólidas a la convivencia social. Cuando tal derecho pierde su carácter absoluto, las relaciones dejan de estar regidas por las exigencias de la justicia, que señalan el deber de dar a cada uno lo suyo y en primer lugar de garantizarle el respeto a la vida, y se adentran en las arenas movedizas del relativismo donde todo es negociable y donde termina rigiendo la ley del más fuerte.

En este sentido, la presente publicación se inicia con un artículo del Pbro. Dr. Víctor M. Fernández, Rector de esta Universidad Católica, publicado en el diario La Nación, quien presenta un marco de reflexión sobre las cuestiones en juego ante el tema del aborto y los dinamismos sociales que subyacen en torno a la defensa de la vida humana. Luego se recogen trabajos de investigación de profesores y juristas vinculados con la Facultad que abordan diversas dimensiones del problema. En una primera parte, se incluyen estudios generales sobre la ilegitimidad del aborto procurado y su carácter de crimen gravemente injusto contra la persona por nacer. Además, se publica el documento elaborado por el Foro UCA Vida y Familia que constituye un sintético resumen de los argumentos sobre la injusticia del aborto, como así también una declaración de esta Facultad sobre el pretendido "derecho al aborto".

En la segunda parte, se presenta un exhaustivo análisis del derecho a la vida y el aborto en el sistema jurídico argentino. Se consideran con detenimiento la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el Código Civil y las Constituciones Provinciales, abordando con abundantes argumentos jurídicos e incluso con antecedentes históricos la coherencia del sistema normativo en algunos puntos centrales: el reconocimiento de que comienza la existencia de la persona en el momento de la concepción, la intrínseca dignidad de cada ser humano, el derecho a la vida como primer derecho humano, absoluto e inexcusable. Consecuentemente, se concluye en torno a la inconstitucionalidad de la despenalización o legalización del aborto en todas sus formas.

Confiamos en que esta obra ayude a mantener firme un sistema jurídico que defienda y promueva la vida de cada persona, reconocida y respetada en su única e irrepetible individualidad, como unidad de cuerpo y alma abierta a la trascendencia y, por tanto, merecedora de una dignidad inalienable.

¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

I.1. La defensa de los que tienen menos poder

Publicado en el Diario LA NACION

Miércoles 18 de agosto de 2010

Un feto corre el riesgo de ser menospreciado, como sucede con todo lo pequeño y aparentemente inútil. Pero la realidad es más que las apariencias. La biología afirma que el óvulo fecundado no es la suma de un óvulo y un espermatozoide. Es un ser humano nuevo, original, distinto del padre y de la madre. La genética indica que el ADN del óvulo recién fecundado contiene todas las características que tendrá ese humano adulto. Es exactamente el mismo que será cuando crezca. Sólo necesita que no le impidan desarrollar su potencialidad. Por eso, desde el instante de su concepción le corresponden los derechos de la persona humana, principalmente el derecho inviolable a la vida.

Si el justificativo para eliminarlo es su incompleto desarrollo, esto concede plenos poderes a los fuertes para eliminar a los menos desarrollados. De hecho, en la colonización de América algunos se sentían autorizados a matar a los indígenas porque no parecían plenamente humanos. Recordemos a los nazis, cuando señalaban razas de menor calidad que se podían destruir. Igualmente, hay quienes invitan a eliminar a los discapacitados porque no están completamente desarrollados. Pero no son los desarrollados los que deciden quién es humano y quiénes no tienen derecho a la vida.

Aquí entramos en el núcleo del asunto, que nos invita a no ser superficiales con el tema del aborto. Pensemos a fondo. Si sólo tiene derechos el ya "desarrollado", ¿con qué argumento sólido podremos otorgar un carácter indiscutible a los derechos humanos de los más débiles? La defensa de la vida humana requiere fundamentos inquebrantables y jamás sujetos a discusión, para asegurarnos de que no se repetirán las diversas barbaries del siglo pasado. El único modo de establecer estos fundamentos firmes es sostener que la vida humana es sagrada siempre, desde su gestación hasta la muerte natural.

Victor Manuel Fernandez

Sacerdote, teólogo y rector de la Universidad Católica Argentina

De otro modo, los inteligentes y poderosos encontrarán hábilmente excusas para eliminar al que molesta por considerarlo menos desarrollado: a los deformes, a los "negros" de las villas, a los ancianos, a los "bolitas", a los dementes, a un árabe sospechoso, etcétera.

Si lo miramos desde la óptica de los derechos de las mujeres, resulta indispensable afirmar que es tan valiosa la vida de la mujer adulta embarazada como la vida de su niña indefensa que está tratando de nacer. ¿Puede esa mujer adulta decidir libremente sobre la vida de esa otra mujer frágil que lleva en su vientre, sólo porque todavía está poco desarrollada? En cualquier política sana, quien tiene poder defiende especialmente a los que tienen menos poder. Por eso, aun por "coherencia progresista", el aborto no puede presentarse como una solución. Reconozco que también es incoherente que alguien rechace el aborto y al mismo tiempo se desentienda de los marginados o sostenga terribles guerras preventivas. Hay mucha hipocresía, sí. Pero no se la hagamos pagar a los inocentes.

Aquí cuenta algo que nos ennoblece inmensamente: esa pasión por la dignidad humana que se ve en una madre que lucha contra todo por la vida de un hijo discapacitado, mientras otros secretamente piensan que esa vida es inservible. O la pasión de quien busca preservar la vida de los indígenas de la selva, que supuestamente no aportan nada a la sociedad. O esa sublime obsesión de los médicos que batallan contra la muerte para salvar a una anciana de 90 años, aunque sólo sea para retenerla entre nosotros unos meses más. Ellos perciben que toda vida humana es infinitamente valiosa y debe ser cuidada, más allá de su desarrollo, más allá de su utilidad, más allá de toda circunstancia molesta. Lo mismo vale para ese milagro en gestación, para ese nuevo ser humano que lucha por crecer en el vientre de su madre. Quién sabe si será otro Einstein o una nueva Teresa de Calcuta. No importa si brotó por una violación o por un encuentro de enamorados. Es él, es único, y tiene derecho a estar aquí. Una sociedad que decide eliminarlo para evitar otros problemas se coloca en situación de riesgo.

Una madre que dio a luz a un hijo discapacitado, por más que sufra por eso, entiende que la solución no está en asesinar al niño. Las respuestas siempre tendrán que buscarse en otra parte, no en la muerte. En algunos lugares se tolera que alguien aborte cuando prevé que el niño nacerá discapacitado. Entonces, ¿qué argumento bien sólido quedará para no eliminar también a un discapacitado que ya nació? El nacimiento no establece una diferencia esencial, no traza una línea clara entre una vida no humana y una vida humana. ¿Qué le agrega el hecho de salir del vientre? Un niño no comienza a ser humano como por arte de magia cuando es dado a luz, ni cuando pasa la barrera del tercer mes de gestación. Pretender determinar hasta qué momento de su desarrollo alguien puede ser eliminado sería considerarse Dios. Pero no lo planteo como una cuestión religiosa, sino como un sano humanismo.

La situación de muchas mujeres pobres que han sido violadas es dramática. No suelen tener el apoyo que les hace falta para enfrentar su angustia. Necesitan amplia ayuda y mucho acompañamiento para llevar adelante un embarazo no deseado, aunque sea para que finalmente puedan entregar a su niño en adopción. Pero no somos solidarios con una víctima creando otra víctima. La solución no se encuentra enfrentando a una mujer con esa vida frágil gestada dentro de ella, como si fuera un simple grano o un tumor. ¿Acaso ese pequeño tiene la culpa de lo que pasa, como para convertirlo en una variable de ajuste?

En un lugar donde las cosas se resuelven así, se produce una relativización de la vida que introduce en los subterráneos de la sociedad un frívolo desprecio por la dignidad humana. Esto finalmente se traduce en una incapacidad para reconocer al otro, que alimenta un oscuro dinamismo de degradación social. Mejor levantemos la mirada.

I.2. La Ilegitimidad del Aborto en el Régimen Jurídico Argentino*

- 1 Tratados Internacionales y Derecho Constitucional.
 - 1.1 Todo ser humano es persona.
 - 1.2 El derecho a la vida es el primer derecho natural básico y esencial.
 - 1.3 Su tutela desde la concepción es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico positivo de manera unánime.
- 2 Aspectos Filosófico-Jurídicos.
 - 2.1 El aborto es ilegítimo porque niega el derecho a la vida.
- 3 Política Criminal.
 - 3.1 La tutela de la vida en el derecho penal.
 - 3.2 Despenalizar el aborto equivale a legalizarlo.
 - 3.3 Inconstitucionalidad de la despenalización del Aborto.
 - 3.4 Autonomía de la voluntad y derecho a la intimidad.
- 4 Análisis de supuestos particulares.
 - 4.1 Diferencias entre legítimos derechos de la mujer y aborto.
 - 4.1.1 El embrión no es parte del cuerpo de la madre.
 - 4.2 Ilegitimidad de la legalización del aborto como medio para la solución de problemas sociales.
 - 4.3 Consideraciones sobre la "clandestinidad" del aborto como causa de su legalización.
 - 4.4 Aborto por violación.
 - 4.5 Aborto por anencefalia.
 - 4.6 El llamado aborto "terapéutico".
 - 4.7 No es lícito solicitar judicialmente "permiso para abortar".
- 5 Conclusiones.

1. Tratados Internacionales y Derecho Constitucional.

1.1 Todo ser humano es persona.

Cf. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, ONU), Art. 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, Nueva York), Art. 16°; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948, Bogotá), Art. I y Art. XVII.; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), Art. 1°.

* Este documento constituye una guía de consulta rápida sobre los argumentos que se esgrimen en el debate sobre la despenalización del aborto y fue elaborado interdisciplinariamente en marzo de 2007 por el Foro UCA Vida y Familia, integrado por Unidades Académicas de la Universidad Católica Argentina.

1.2 El derecho a la vida es el primer derecho natural básico y esencial.

La Jurisprudencia de la CSJN ha sostenido que es el "primer derecho natural de la persona humana, pre-existente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes" (Fallos, 302:1284, Cf. Tb. Fallos 310:112).

1.3 Su tutela desde la concepción es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico positivo de manera unánime.

La tutela del derecho a la vida es tan absoluta que constituye el núcleo mismo de nuestro ordenamiento jurídico. Está protegido en las normas básicas y fundamentales de convivencia de los argentinos, que hacen a nuestra identidad y esta tutela se ha reforzado en la Reforma Constitucional de 1994 y en la suscripción de numerosos Tratados y Declaraciones internacionales que se han constitucionalizado.

Constitucionalidad del derecho a la vida desde la concepción. Constitución Nacional: Arts. 14 bis, 16, 33, 43, 75 inc. 19, 75 incs. 22 y 23. Código Civil: Arts. 51, 54, 63, 64, 70, 72 y Art. 264. Código Penal: Arts. 85, 86, 87 y 88.

- Tratados Internacionales incorporados a la Constitución, que también lo garantizan: Convención de Derechos de Niño: (Nueva York, 1989) Preámbulo, Arts. 1, 2, 3, 6 inc. 1, 23 y 24. Reserva Argentina al Art. 1 (Ley 23.869, Art. 2, párrafo 3); Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969): Art. 1º, párrafo 2, 3, 4, 5, 16, 19 y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Arts. 6, 10, 12, y 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Art. I y XVII; Declaración Universal de Derechos Humanos: Arts. 3 y 6.
- Siempre que ha habido alguna equivocidad en el lenguaje de los Tratados, Convenciones y Declaraciones, la Argentina ha dejado constancia, en forma de "reservas" respecto de que el comienzo de la existencia de la persona humana debe entenderse desde la concepción. El valor de estas reservas es integrativo de la constitucionalización de los Tratados¹.
- Asimismo, Argentina ha formulado reservas respecto de las promociones de las conferencias del Cairo de 1994 y de Beijing de 1995, en el sentido de que el concepto de salud reproductiva no debe incluir al aborto como método de la regulación de la natalidad.
- El valor jurídico de las recomendaciones de estas conferencias y de las directivas de organizaciones internacionales de crédito es escaso: Vulneran el orden público internacional, ya que existen compromisos internacionales integrados como principios esenciales a la convivencia republicana (Art. 75 inc. 22 CN), que no pueden ser lesionados por convenciones o recomendaciones que no tienen este estatuto jurídico.
- La aprobación del aborto implicaría una grave falencia a los compromisos internacionales asumidos, y un debilitamiento de la juridicidad de todo el orden jurídico nacional.
- Hay varias formas de incumplir los Tratados Internacionales: Según la opinión consultiva 13/93 de la CIDH, algunas de ellas son la omisión en el dictado de normas protectivas a las que el Estado se obliga al firmar un Tratado o dictando disposiciones que no estén en conformidad con el Tratado. El incumplimiento de estas normativas implicaría una grave lesión a la seguridad jurídica.
- Otra manera de incumplir un Tratado es interpretar jurisprudencialmente mutando el sentido del Tratado. Por esto es frecuente que las campañas pro abortistas induzcan la presentación de casos jurídicos polémicos.

2 . Aspectos Filosófico-Jurídicos.

2.1 El aborto es ilegítimo porque niega el derecho a la vida.

- La supresión del derecho a la vida implica la eliminación de todos los demás derechos. El derecho a la vida es el presupuesto de todos los demás derechos.
- La inviolabilidad de la persona humana depende de que ningún hombre o grupo de hombres se arrogue el derecho de juzgar si otro hombre posee o no los signos característicos de la "persona" humana. (Art. 51 Cód. Civil)
- No existe razón para discriminar a la persona por nacer en su derecho a la vida. La discriminación negativa está prohibida en todo sentido en el ordenamiento jurídico argentino (Cf. Arts. 16 , 43, 75 inc. 19 C.N., Convención de Derechos del Niño (1989, Nueva York), Art. 2)
- La discriminación entre nacido y no nacido es ilegítima. Tampoco corresponde la discriminación entre "hijos deseados" y "no deseados". Todos tienen el mismo derecho a vivir, que es inalienable desde la concepción. La igualdad se desprende de la igualdad de naturaleza – especie – condición humana de todos los seres humanos.
La diferencia entre nacido y no-nacido es de naturaleza accidental. Es sólo cuestión de tiempo.
- El día de mañana, las mismas disposiciones arbitrarias que se refieren al comienzo de la vida, podrían referirse a su terminación o a determinados modos de existencia que se juzguen "no humanos". La proposición del aborto, abre así la puerta a la eutanasia.

3. Política Criminal.

3.1 La tutela de la vida en el derecho penal.

- El centro de la política criminal es la tutela de la persona humana. La ley penal positiva debe en consecuencia, por mandato mismo del derecho natural, castigar los actos abortivos a fin de proteger eficazmente la persona por nacer, sean cometidas por un tercero sin consentimiento de la mujer o por ella misma. Bien por ello están establecidas como delito conductas de esa clase en nuestro derecho positivo. (Código Penal artículos 85, 87 y 88.)
- No existe otro delito como el aborto que dé mayor razón de ser a la existencia del derecho punitivo, cuya esencia y legitimidad se fundan en que no puede siempre el Estado actuar con eficacia para impedir con medios directos frenar en forma anticipada el arrebato del ladrón o parar el brazo homicida, debiendo por ello recurrir a la amenaza de la aplicación de una pena como medio de protección, aunque de hecho no se logre muchas veces evitar la comisión de los delitos.

3.2 Despenalizar el aborto equivale a legalizarlo

- Dado que la persona por nacer es incapaz de defenderse por si misma en forma absoluta (lo que no sucede normalmente en la mayoría de los otros delitos) no puede la autoridad social substraerse de castigar el aborto, porque la amenaza de un castigo se presenta como el único medio real de protección. De otro modo al derecho a la vida se convierte en algo ilusorio y puramente potestativo de terceros.
- No existe ninguna razón real de política criminal para no punir el aborto, como las que a veces se dan

en otros supuestos de conductas ilícitas (desistimiento voluntario de la tentativa de delito –Art. 43 Código Penal-; hurto entre parientes -Art. 185 Código Penal- etc.) y aún lo que en la doctrina penal se denomina “estado de necesidad disculpante”.

- El derecho civil por sí sólo, aún con reconocimiento normativo expreso de su ilicitud, sería en los casos de aborto voluntario de la madre, estéril como medio de protección de la persona por nacer y una vana declaración legislativa que no tendría aplicación ni siquiera por vía de daños y perjuicios.
- Con toda propiedad por tanto puede afirmarse que la despenalización del crimen del aborto es en la verdad jurídica objetiva equivalente a su legalización.

3.3 Inconstitucionalidad de la despenalización del Aborto.

- Dado que a priori la no punición del aborto por parte de la autoridad pública estaría viciada de inconstitucionalidad por omisión, la derogación de derecho penal existente en ese sentido resultaría inválida y carente de efectos.
- Los poderes públicos provinciales o nacionales no pueden derogar o reglamentar legítima y válidamente cualquier norma que lleve a la despenalización o legalización del aborto.

3.4 Autonomía de la voluntad y derecho a la intimidad.

- La tutela de la vida humana es de orden público porque se trata de un piso mínimo de subsistencia de una sociedad. La autonomía de la voluntad siempre encuentra límites cuando existe lesión de derecho de terceros. (Cf. Art. 19 CN)
- Como consecuencia de lo anterior, el aborto tampoco puede pertenecer al ámbito del derecho a la intimidad garantizado por el artículo citado, en la medida en que se trata de un verdadero homicidio.

4. Análisis de supuestos particulares.

4.1 Diferencias entre legítimos derechos de la mujer y aborto

- La verdadera promoción de la mujer no incluye la facultad de disponer sobre la vida de otros seres humanos. Además, la promoción del aborto implica un daño para los derechos a la salud física, psíquica y moral de la mujer.

4.1.1 El embrión no es parte del cuerpo de la madre.

- El embrión, como prueba la ciencia, es persona desde la concepción. Como tal, cuando se habla de aborto, no se trata de una disposición del propio cuerpo, sino de la aniquilación deliberada del cuerpo y personalidad de otro ser humano, distinto, inocente e indefenso respecto de su progenitora.

4.2 Ilegitimidad de la legalización del aborto como medio para la solución de problemas sociales.

- El aborto no es una solución a la pobreza. El Estado tiene obligación de solucionar los problemas sociales que se alegan falsamente como razón del aborto. Si el Estado no tiene suficiente iniciativa política como para paliar la pobreza de las familias numerosas, la solución no es eliminar a sus miembros.

4.3 Consideraciones sobre la “clandestinidad” del aborto como causa de su legalización.

- La Declaración de la Academia Nacional de Medicina del 28 de julio de 1994 dice: "También se utiliza para promover el aborto legalizado, la mayor morbimortalidad materna del aborto clandestino. Se debe puntualizar que, si bien la morbimortalidad materna es mayor en estos últimos, no es exclusiva de ellos, pues el daño es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo" (Boletín de la Academia Nacional de Medicina, Vol. 71, 2º Semestre, 1994, Pág. 450.)

4.4 Aborto por violación

- El ser engendrado, aún a partir de un acto violento, es siempre inocente. Su eliminación no erradica el mal producido por la violación, cuya víctima ha de encontrar en la sociedad y el Estado debido apoyo y ayuda.
- El caso del inciso 2 del Art. 86 del Código Penal (violación de una mujer demente o idiota) se funda en razones de política criminal abiertamente contrarias a la dignidad humana, se aparta claramente del precepto no matar, es discriminatorio y adolece además de clara inconstitucionalidad.

4.5 Aborto por anencefalia

- El niño anencefálico es un ser humano y por lo tanto, es persona. Resulta aplicable el Cód. Civ. Art. 51 que considera persona humana a todas las "entes que presentasen signos característicos de humanidad." Por otra parte, todo ser humano es persona.
- La teoría de la inviabilidad que se aplica a la anencefalia es inválida, cfr. lo dispuesto por el Art. 72 del Cód. Civ. Por otra parte, el niño anencefálico es viable, aunque su vida extrauterina sea breve. La ley penal que tipifica el aborto, no distingue entre fetos viables e inviábiles.
- No hay derecho a discriminar a los niños por sus atributos psicofísicos. (Cf. Art. 16 CN). No hay derecho a decidir sobre la vida de otros seres humanos de apariencia distinta.

4.6 El llamado aborto "terapéutico"

- En ninguna circunstancia puede la ley positiva reglamentar como acto legítimo el aborto o supresión intencional de la vida del embrión o feto cualquier fuera la finalidad o propósito que lo guíara, por una clara aplicación del principio de que el fin no justifica los medios.

4.7 No es lícito solicitar judicialmente "permiso para abortar".

- No es jurídicamente posible solicitar permiso de abortar. Es lo mismo que solicitar permiso para delinquir.

5. Conclusiones

- En toda la temática del aborto nos encontramos con una manipulación del lenguaje jurídico. La manipulación del lenguaje consiste en que "matar a un inocente indefenso" es presentado como un acto médico o un acto justo. Las palabras "interrupción médica del embarazo", "aborto terapéutico", "derechos de la mujer sobre su propio cuerpo" y otras tantas tienen la finalidad de mentir a la sociedad para desdibujar la verdad contenida en el aborto. Es preciso eliminar las ambigüedades respecto del aborto.
- El aborto es la matanza deliberada de un ser inocente e indefenso. Es un crimen atroz.
- La sociedad argentina, destacándose sobre muchos países, siempre ha rechazado semejante crimen.

I.3. No existe un Derecho al

Aborto

No existe un derecho a causar la muerte de los propios hijos

En atención a los diferentes proyectos de ley que pretenden reglamentar la posibilidad de realizar prácticas abortivas, y la reciente norma que en ese sentido impulsara el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, como asimismo otros proyectos de los que da cuenta la opinión pública en dicho sentido, es bueno tener presente que:

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.¹ La ley 23.849 al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo segundo declaró que el art. 1º de ese instrumento internacional “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.”

No existe en nuestra legislación positiva norma alguna que autorice a los gobiernos ni a las legislaturas provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires a legislar sobre cuestiones de fondo. Esto es contrario a lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

Ninguna norma del Congreso Nacional puede alterar el contenido de la Constitución Nacional en cuanto protege a la persona humana desde la concepción, ni su correspondiente derecho a la vida garantizado palmariamente por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna, con jerarquía constitucional.²

1 Dictamen del Señor Procurador subrogante Dr. Ricardo O. Bausset del 28 de febrero de 2006 en los autos “Sánchez, Elvira Berta c/ M.J. y DD HH –art. 6 to. De la ley 24.411” S. 1091. XLI.

2 (Cfr. Constitución Nacional: Arts. 14 bis, 16, 33, 43, 75 inc. 19, 75 incs. 22 y 23 Tratados Internacionales incorporados a la Cons-

El derecho a la vida no puede ser reglamentado por norma alguna, pues ello en el caso concreto, implicaría su propia eliminación y por ende la imposibilidad de esa persona de ejercer derecho alguno. Una norma de ese tipo alteraría sustancialmente el derecho a la vida y por lo tanto contrariaría lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional.³

La persona humana sin importar su estado de desarrollo ni cuáles sean sus deficiencias psíquicas o físicas, no puede ser considerada "una cosa o un producto". Esta forma de calificar al ser humano es claramente discriminatoria e instaura una nueva forma de esclavitud que permite a un determinado grupo de individuos decidir sobre la vida de otra persona.

La normativa del art. 86 del Código Penal no genera derecho alguno, pues todo el ordenamiento jurídico, incluso el Código Penal, protegen la vida desde la concepción. La declaración de no punibilidad del mencionado artículo es tan sólo una excusa absoluta que a la luz de los actuales acontecimientos debería ser derogada, pues ha quedado de manifiesto la ineficiencia de las restantes herramientas del derecho para proteger aquellas vidas inocentes desamparadas por el Código Penal. Esta manifiesta discriminación a ciertos niños por nacer frente al reconocimiento constitucional del derecho a la vida de toda persona concebida, evidencia la más absoluta inconstitucionalidad de esa norma.

No existe acto administrativo o norma alguna que pueda excluir del control de los jueces el estudio de un caso en el que se ponga en juego el derecho a la vida reconocido por la Constitución Nacional. Ello contraría expresamente lo dispuesto en el art. 116 del C.N.⁴, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en la tercera parte del artículo primero de la ley 26.061 que "habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces". Por otro lado, este derecho se transforma en una manda cuando el artículo treinta de la misma ley⁵ establece la obligación de los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público de comunicar a la autoridad competente la vulneración de los derechos de las niñas, niños o adolescentes, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión.

La Constitución Nacional y las leyes de la Nación consagran el derecho a la vida desde la concepción sin que exista ley alguna que establezca un derecho al aborto. De ahí, que cualquier legislación que ponga en riesgo la vida inocente del niño por nacer es inconstitucional.

Finalmente, debemos recordar las enseñanzas del Sumo Pontífice Juan Pablo II cuando afirmaba que "reconocer el valor de la vida del hombre, desde la concepción hasta su fin natural, es una conquista de la civilidad del derecho que debe ser tutelada como un bien primario de la persona y de la sociedad" (Cfme. Carta Encíclica "Evangelium Vitae").

Buenos Aires, 31 de mayo de 2007.-

titudin, que también lo garantizan: Convención de Derechos de Niño: (Nueva York, 1989) Preámbulo, Arts. 1, 2, 3, 6 inc. 1, 23 y 24, . Reserva Argentina al Art. 1 (Ley 23.869, Art. 2, párrafo 3); Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969): Art. 1º, párrafo 2, 3, 4, 5, 16, 19 y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Arts. 6, 10, 12, y 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Art. I y XVII; Declaración Universal de Derechos Humanos: Arts. 3 y 6. . Código Civil: Arts. 51,54, 63, 64, 70 , 72 y Art. 264. Código Penal: Arts. 85, 86, 87 y 88.).

3 C.N. Art. 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

4 C.N. Art. 116: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución , y por la leyes de la Nación..."

5 Ley 26.061. Art. 30 . " Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión."

I.4. El debate sobre la despenalización del aborto¹. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible

Publicado en El Derecho, Tomo 228, 2008, p. 669

“El derecho a la inviolabilidad de la vida no admite grados, no puede tenerse un poco, o más o menos, o mucho, no puede ser sobrepasado por consideraciones de utilidad o conveniencia (...) de lo contrario, no estaríamos en presencia propiamente de derechos, sino de “meros edictos de tolerancia revocables” (Spaemann).

Carlos Ignacio Massini Correas El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos²

Introducción

La cuestión a tratar se presenta compleja; abarca diversos ángulos de consideración pero, en realidad, lo parece por la forma en la que se la está presentando a la sociedad, a la opinión pública, porque el centro de la cuestión resplandece nítido: el bien ético-jurídico tutelado es de tal envergadura que convoca conciencias con adhesión espontánea; invoca en cada uno de nosotros el resguardo ancestral del bien más valioso que poseemos y lo sabemos: la vida. Todos conocemos, igual que destellos, esos instantes de gratitud, de alborozo agradecido, de plenitud simplemente por la conciencia de estar vivos.

1 Los días 2 y 3 de junio pasado se realizaron en la Universidad Católica Argentina las Jornadas sobre Adopción y Familia, organizadas por el Departamento de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, integrando la autora del presente trabajo el Consejo Académico de las mismas.

2 Massini Correas, Carlos I., El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos, en AA.VV., El derecho a la vida (Pamplona, EUNSA, 1998, p"g. 204). Concluye: "...con lo que quedarían sin sentido todas las declaraciones de derechos y los hombres sujetos a la posibilidad de ser eliminados no bien su desaparición se presente como útil o conveniente".

Catalina Elsa Arias de Ronchietto

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Profesora Titular Ordinaria de Derecho Civil V. Familia; Directora-Fundadora del Instituto de Derecho Civil "Profesor Dr. Guillermo A. Borda" - FCJS-Universidad de Mendoza.

1. El bien jurídico tutelado: cada vida humana desde la concepción hasta la muerte natural

No obstante, desde hace unos años, estamos enfrentando los ardides y la violencia propios de una campaña ideológica³ a favor de la despenalización del aborto; campaña que cunde merced a diversas estratagemas, cuya siembra más perniciosa es la confusión de los jóvenes. Centralmente, esto obliga en especial a procurar ofrecer un enfoque objetivo de la cuestión, como tal proporcionado a la entidad del bien agredido.

Por diversas vías se está propugnando en nuestro país la despenalización del delito de aborto. Se trata de inconstitucionales resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, proyectos de ley, protocolos a programas ministeriales y diversas políticas públicas. Hasta ahora, con resultado adverso; pero la polémica al respecto ha resurgido ásperamente en nuestro país⁴, como también en muchos otros, lo cual hace evidente la urgencia de afirmar nuestra identidad como Nación, proveniente de nuestra Constitución histórica, de nuestra cultura, y en la cuestión en cuanto a la defensa de la vida desde la concepción hasta la muerte natural, reconocida expresamente en textos constitucionales y legales, así como en fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia nacional. En suma, hasta ahora, nuestra identidad nacional ha sido ejercida sin fisuras de trascendencia.

El derecho argentino protege al por nacer y al por morir, con fundamento en el reconocimiento de su dignidad personal⁵, que entroniza fin en sí misma a cada vida humana siempre; de persona nacida o por nacer, saludable o enferma. Lo expresa a partir del principio de razonabilidad (art. 28, CN 1853), el que es la criba para calificar de jurídica –de razonable– una conducta en alteridad, así como el resguardo de la igualdad de proporción. Puede ocurrir a veces que, tal como suele decirse, “el árbol no deje ver el bosque”; la circunstancia: un embarazo inesperado no permita reconocer la magnitud del bien a agraviar: la vida; además, la vida de otro, del hijo.

Es evidente: la muerte causada a otro de modo directo nunca es, no puede serlo, proporcionada a la dignidad humana. Quien agravia su propia dignidad es el homicida, el coautor, el cómplice, el apologista, el instigador –autores intelectuales que hay muchos–, porque la dignidad no se arrebatada desde fuera, se degrada la propia por la suma violencia infringida a otro. Ninguna persona quiere –realmente– ser muerta por otra; lo saben bien los médicos psiquiatras al analizar la conducta del suicida.

El bien protegido, reiteramos, es el resguardo de la inviolabilidad de cada vida humana desde la concepción: desde el embrión unicelular –hoy, además, innegable evidencia experimental⁶–, hasta la muerte natural: la

3 Massini Correas, Carlos Ignacio, *El renacer de las ideologías. Ensayo sobre la génesis, estructura y recurrencia del ideologismo político*, Mendoza, Idearium-UM, 1984. Define: “Ideologías son sistemas pretendidamente científicos de ideas políticas, que expresan una soteriología puramente inmanente”. En la obra sostiene que las ideologías renacen, urgiendo la necesidad de regresar a la filosofía política clásica, al modo realista de considerar los negocios públicos, diametralmente distinto del ideológico, realismo que se corporizó en las obras de Cicerón, Tomás de Aquino, Vitoria, Burke, Toqueville (pág. 76). Subraya que “sólo han “muerto” algunas ideologías concretas, no la mentalidad ideológica” (pág. 15). Para quienes seguimos acompañando y estudiando el pensamiento y la obra de Massini Correas, es especialmente interesante releer esta obra suya, hoy.

4 En el texto, más adelante, se ofrece una breve reseña de las más recientes respuestas éticas y jurídicas a esta cuestión.

5 Melendo, Tomás, *Dignidad humana y bioética*, Pamplona, EUNSA, 1999.

6 Lejeune, Jerome, citado en Rodríguez Luño-López Mondejar, *La fecundación in vitro*, Madrid, Palabra, 1986. Curiosamente, así lo reconoce Roberto E. Nicholson, quien no obstante defiende el concepto de pre-embrión: “Es cierto que la vida humana comienza con la unión de los gametos (...) también es cierto que el avance de la mórula muestra que ese núcleo de células forma un conjunto único e irrepetible como afirmaba el genetista Lejeune...”, prólogo en Arribere, Roberto; Coco, Roberto, *Nacer bien, consideraciones científicas, éticas y legales del inicio de la vida*, Fecunditas Instituto de Medicina Reproductiva, Buenos Aires, 2006. En defensa del concepto de pre-embrión, págs. 79, 83, 84, 85 y 99.

muerte personalísima, la que sucederá a cada uno de nosotros integrando nuestro misterio creatural.

El bien humano ético-jurídico a defender es el resguardo integral: penal, civil, constitucional, del derecho a la inviolabilidad de cada vida humana, por serlo; porque es fundamental. El derecho es uno, de modo que, desde todas sus ramas, entre ellas, la protección penal de la vida es irrenunciable: su enérgica advertencia está destinada a exaltar de modo especial el resguardo de los bienes fundamentales de la convivencia social de una Nación. La estrategia de “despenalizar el aborto” es la de dividir para mermar y reinar. Se lo está proponiendo nuevamente en nuestro país, pese al reconocimiento expreso y desde siempre en nuestro derecho, desde la Constitución histórica nacional, desde nuestra historia y cultura. Todo ello ratificado, además, en los tratados internacionales constitucionalizados por la reforma constitucional de 1994.

No obstante, sin importar que estas campañas muerdan el espíritu de las personas jóvenes⁷, multiplicando los “subtemas” que alojan en esa carpa corruptora de variados programas –inconstitucionales– llamados de “salud sexual y reproductiva”, sus reglamentaciones y protocolos de todo rango ¿jurídico?, tendal bajo el cual cabe insondable decadencia: la denigración de la vida de la persona humana y de la sociedad.

Una precisión importante: estas “políticas públicas” no son requeridas en aras de la protección de mujeres agobiadas por la pobreza o la soledad, como suele ser invocado; ni aun por la deficiente educación de gran parte de la población de nuestro llamado tercer mundo, sino, al contrario, viene infiltrada desde asientos muy mullidos: sabido es que organismos internacionales condicionan sus subsidios para que la legislación local prevea, al menos, la despenalización del aborto. Así, tras las persianas cerradas de “consultorios” varios, incluso de los hospitales que se sostienen con la contribución de los ciudadanos que nos oponemos a la admisión jurídica del aborto, (...) todos serían “legales”.

Por ello, en el caso de la persona por nacer, así denominada y reconocida en nuestro derecho⁸, es un acto de corrupción pretender imponer desde el poder político (municipalidades, ministerios, legisladores) la despenalización de la conducta que consiste en “matar a otro”, tipo penal del homicidio, máxime en indefensión absoluta y que debiera estar en el caso del aborto, agravado por el vínculo. No cabe duda de que la mujer que aborta sabe que mata a su hijo. Por lo dicho, sostengo y lo reitero aquí, que deberían preverse penas más severas para el delito de aborto. Volveré a este punto.

2. De delito a derecho, pócima posmoderna⁹

En Europa, continente en el que países como España, Italia, Francia han perdido la capacidad de recambio poblacional¹⁰ ahora tratan de revertirlo ofreciendo alicientes en dinero a quienes tengan hijos; en abril de

7 Sería importante reglamentar otro derecho: el de que, representados por sus padres, los jóvenes puedan objetar en conciencia el recibir los contenidos de los programas con los que se procura adoctrinarlos en la bien denominada “cultura de la muerte”. Cfr. BERCAITZ DE BOGGIANO, Ana Lía, Libertad religiosa del menor. Jurisprudencia nacional e internacional sobre libertad religiosa, Buenos Aires, LA LEY, 2006, p.71; GELLI, María Angélica, Comentario a la Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Buenos Aires, LA LEY, 2ª edición ampliada y actualizada, 2004, pp. 105-115.

8 BORDA, Guillermo A., “Principio de la existencia de la persona humana”; MAZZINGHI, J. “La interrupción del embarazo: el aborto”, FERNANDEZ SESSAREGO, C. “Apuntes sobre el daño a la persona”; BORDA, Alejandro, “La capacidad”; ARIAS de RONCHIETTO, C. E., “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en AA.VV., “La persona humana”, BORDA, Guillermo A., Director, Buenos Aires, La Ley, 2001.

9 Subtítulo inspirado en la excelente conferencia pronunciada por SEGOVIA, Juan Fernando; “Posmodernidad, derecho y cultura. El aborto.” en el Curso Grandes Temas de Nuestro Tiempo, 2006, DICYT-UM.

10 La Nación, Buenos Aires, 6-abril-08. En la primera plana, título: “En la Argentina baja la natalidad en el país y la población envejece. Pronostican que dentro de 50 años habrá más ancianos que menores de 14 años”. BOCHATEY, Alberto, Editorial, pp.5-7 y “Bioética

2008, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha invitado a los Estados miembros a despenalizar el aborto y regularlo como un "derecho de la mujer a acceder a un aborto legal y seguro".¹¹

Las "políticas públicas" que propugnan la despenalización son la antesala de la legalización. Son surtidas artimañas, el fondo en común de la estrategia pro aborto es corrosivo y materialista: lo impulsa el desprecio por la vida humana a la que pasa a evaluarse en función de "calidad". Son instrumentales: la implementación inconstitucional de normas de rango inferior liberalizando el aborto; resoluciones ministeriales en la Ciudad de Buenos Aires; ordenanzas municipales en Rosario; protocolos de instrucciones; guía de "procedimientos" para los médicos a los que bajo la apariencia de respetar la libertad de conciencia, trascendente derecho constitucional, se los amenaza en la realidad con integrar los registros de objetores de conciencia, y así, tácitamente, condicionar sus nombramientos o su estabilidad en los hospitales públicos. También contribuyen los medios de comunicación social, que banalizan el sexo y la vida en familia.

Son normas inconstitucionales en razón de su materia, porque por la reconocida importancia del bien jurídico afectado: la vida humana cuyo resguardo reconoce fundamento anterior a la legislación positiva (art. 28, CN) su regulación pertenece a la legislación de fondo, atribución del Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, CN) y en razón de la existencia de textos de rango constitucional que expresamente consagran el derecho a la inviolabilidad de la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.

Son normas impuestas a sabiendas de que merecen tacha de inconstitucionalidad, pero también de que, "mientras tanto", infiltran en la conciencia colectiva su relativismo materialista; y experimentan con la sociedad a modo de ladina punta de lanza, siembran confusión, corrompen conciencias, esfuman la entidad del bien que agravan, y socavan su reconocimiento legal integral.¹²

Otro tanto ocurre con las arbitrarias sentencias que han avalado abortos autodenominados "eugenésicos",¹³ los que, curiosamente, surgieron de casos tan extraordinarios como secuenciados en su estratégica aparición pública: en 2005, 2006 y 2007¹⁴.

3. Muy breve reseña de recientes leyes, protocolos y declaraciones¹⁵ a favor y en contra del derecho a la vida

personalista: caminos de diálogo a favor de una cultura de la vida", en *Vida y Ética*, Instituto de Bioética, UCA, Buenos Aires, año 5, n° 2, 2004, pp.229-234.

11 FUNDAR. Servicio a la Vida. Gacetilla 245/08. "Aborto: Asamblea europea promueve la legalización del aborto."

12 Spaemann, Robert, Sobre el concepto de dignidad humana, págs. 81-110; Possenti, Vittorio Sobre el estatuto ontológico del embrión humano, en *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, págs. 111-146.

13 Arias De Ronchietto, Catalina Elsa, Aborto eugenésico: suma de arbitrariedades, en *Doctrina Judicial, La Ley*, año XXIII, n° 50, diciembre de 2007, nota sobre el fallo del Superior Tribunal de Entre Ríos de septiembre de 2007. El caso presenta connotaciones muy peculiares y que al mismo tiempo admiten paralelo con otros casos similares casi co"taneos: el Superior Tribunal prescindió del recurso interpuesto por el padre de la menor de edad embarazada oponiéndose al aborto y ofreciendo hacerse cargo del niño por nacer y de su hija. Asimismo, desoyó las fundadas razones de la negativa unánime de proceder a practicar el aborto de los médicos del Hospital Materno Infantil San Roque de Paraná. Y, por último, antes de que la sentencia quedase firme, con el notorio apoyo de funcionarios del Ministerio de Salud provincial y nacional, respectivamente, la joven fue llevada a Mar del Plata donde, en un hospital público, se dio muerte al niño en gestación de cuatro meses.

14 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, "G., A. R. en C., S. M. y otros", 22-8-06. Aclaración: El ministro de la SCJ Mza., Alejandro Pérez Hualde, declaró al diario mendocino "El Ciudadano", al regresar a Mendoza, que hubiese votado en contra, pero que a la fecha de la sentencia estaba fuera del país; conf. "O., M. V.", Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata, sala II, 21-2-07.

15 Por su trascendencia respecto del aborto denominado "eugenésico": UNESCO, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en el art. 2º, proclama: "a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas, b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su

2007. Nicaragua. Código Penal. La Asociación Médica Nicaragüense lideró la posición científica de rechazo del aborto llamado "terapéutico". El 13-9-07, con sólo 3 votos en contra y 64 a favor, sin abstenciones, se penalizó todo tipo de aborto en el nuevo Código Penal.

2008. Italia, Roma, abril. Creciente polémica en Europa. "Aborto. Debates sobre la protección de los bebés prematuros". "Declaración de los directores de las clínicas de obstetricia de las universidades La Sapienza y Tor Vergara (públicas) y Campus Biomédico y Sacro Cuore (católicas) de Roma en la que afirman que si un feto naciera vivo tras la interrupción de un embarazo debe ser reanimado aunque la madre sea contraria, ya que prevalece el interés del neonato". "La capacidad de sobrevivencia del feto es un límite para el aborto, obliga a los médicos a salvar la vida del feto...", Buenos Aires, Fundar, Sevi, Gacetilla 241/08. Il diritto alla vita dei prematuri, di Carlo Bellieni, ...Rianimare tutte le volte che si può. Il numero dei salvati, tra le 22 e le 25 settimane, cresce continuamente, liberal, febbraio 2008.¹⁶

2007. Argentina, Entre Ríos. Se han presentado tres proyectos de reforma que solicitan el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural.

2008. Argentina, La Pampa, abril. Quedó firme el veto a la denominada "ley Peppino", que propugnaba el aborto no punible. Recurrirán al Superior Tribunal provincial demandando la inconstitucionalidad del veto (Notivida, año VII, n° 488).

En contracara: asamblea, leyes, protocolos, reforma constitucional a favor del aborto no punible, y de regular como "derecho de la mujer el acceso a un aborto legal y seguro":

2008. Consejo de Europa. Asamblea Parlamentaria, abril, antes citada.

2007. Portugal, Lisboa. "La despenalización del aborto ya es un hecho. Se promulgó la ley de despenalización del aborto aprobada por el referéndum de febrero, luego de una década de debates políticos" (La Nación, 11-4-07).

2008. Argentina, Buenos Aires. "Se reabrió la discusión sobre el aborto". Proyecto de ley, autora la diputada Marino, y Proyecto de ley, autora la diputada Ausburger y otros. Aunados, están aguardando ser sometidos a debate en el Congreso Nacional. Proponen: la ampliación de las causales de aborto no punible. Es evidente que tiende a la despenalización en general, y luego, la legalización del aborto (La Nación, Buenos Aires, 19-3-08).

2008. Argentina, La Plata. Está vigente desde hace un año un protocolo de procedimiento para los casos de abortos no punibles previstos en el Código Penal. Sin autorización judicial y exigiendo la fijación de un plazo para resolver si se concreta o no el aborto. Registro de objetores de conciencia.

2008. Argentina, Entre Ríos. Se sancionó la ley 9768 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución provincial, la norma específica y los artículos que no se pueden modificar, y enumera también los temas habilitados. Deliberan desde enero por un plazo de 120 días corridos prorrogables. Entre los temas

carácter único y su diversidad". Conf. Andorno, Roberto, La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano, en Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2001; Apuntes Jurídicos, Centro de estudios del derecho internacional y comparado, Mendoza, Coladic, año 5, n° 4, 2003, págs. 11-24; La Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina: hacia un encuadramiento jurídico de la bioética, en AA.VV., Edición homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, UNL, 2001, págs. 25-43.

¹⁶ Agradezco al Dr. Nicolás Lafferriere esta información de fuente directa.

habilitados están los denominados “derechos sexuales” y “reproductivos”: anticoncepción, aborto, esterilización, etcétera, se “conviertan” en derechos humanos de rango constitucional como ocurrió en Neuquén.

4. Mención de fallos relacionados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS)

2001. CS, 2001-1-11, “T. S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” (anencefalia).¹⁷ Este importante fallo, si bien limitado al caso concreto, ha hecho pública la medida del resguardo jurídico de la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción hasta el de su muerte natural, por el Tribunal, intérprete final de la Constitución. Tribunal que votó dividido: en mayoría de cinco votos autorizando la inducción al parto prematuro, y en minoría de dos, oponiéndose. Sin unanimidad, pero fue expresa y común la voluntad de apartar al Supremo Tribunal de quienes pretendían propiciar, con apoyo en ella, la apertura de la justificación del aborto denominado “terapéutico”, y aun, del aborto lisa y llanamente. También quedó clara la voluntad del Tribunal de hacer respetar resguardos legales expuestos e indubitables; por ello, la autorización judicial se limita estrictamente a la inducción al parto prematuro, porque cuando acontece en circunstancias espontáneas el niño está en condiciones de sobrevivir.

2003. Argentina, Ciudad de Buenos Aires. Ley 1044, regla el procedimiento a seguir en casos de anencefalia “o... patología incompatible con la vida”, permite adelantar el parto si el feto ha alcanzado las 24 semanas de gestación, consentimiento informado. Inconstitucional por la materia, pero, mientras tanto...

2002. CS, caso “Portal de Belén”. La CS ratificó el reconocimiento de la protección de la vida desde la concepción, al hacer lugar al amparo presentado por la ONG solicitando la prohibición de la fabricación, distribución y comercialización de la denominada “píldora de anticoncepción de emergencia”, expresando: “...que los aludidos pactos internacionales resguardan la vida desde el momento de la concepción”, y que “en efecto todo método que impida el anidamiento debería ser considerado abortivo”.¹⁸

2007. Imputación judicial a dos laboratorios por “alterar sus prospectos y no advertir sobre el efecto abortivo: impide la implantación del óvulo fecundado” (Biotenk y Monteverde); ambos comercializan en el país.

2007. Argentina. Políticas públicas. “La píldora de anticoncepción de emergencia se reparte gratis en todo el país”, Buenos Aires, La Nación.

2008. Chile, abril. “El Tribunal Constitucional prohibió distribuir la píldora llamada “del día después” por su efecto abortivo”.¹⁹

Juan Fernando Segovia, en su ya citada conferencia: Posmodernidad, derecho y cultura. El aborto, inquiriere:

17 Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias de la Salud. VII Simposio de Bioética, “Aborto o inducción al parto? El fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional”, 28 y 29 de mayo de 2001.

18 Asimismo, el reciente caso “Sánchez”, si bien en la justicia hace tiempo que se admite la indemnización por la muerte de una persona no nacida, es interesante que ese criterio haya sido ratificado por el Alto Tribunal, la vida de la persona por nacer, como vida de otro sujeto de derecho distinto de la madre. Se reconoció a la abuela el derecho a cobrar indemnización por la muerte de su nieta (ley 24.411), dado que estaba a punto de nacer cuando su hija fue muerta por las fuerzas de seguridad. No como heredera de quien no había nacido, sino por el criterio de la ley, por la que tenía derecho a reclamar una segunda indemnización. Universidad de Mendoza, 2008, Instituto de Derecho Civil “Profesor Dr. Guillermo A. Borda”, FCJS-DICYT-UM, Curso Homenaje al Dr. Guillermo A. Borda a los 40 años de la ley 17.711, De Casás, Ignacio, expuso sobre el caso; conf. Boulin Victoria, Ignacio, A buen puerto por mal rumbo, Buenos Aires, La Ley, n° 186, 27-9-07.

19 Solicitada del Instituto de Bioética, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, denunciando el carácter abortivo del fármaco “Píldora del día después: consideraciones legislativas, científicas y antropológicas”, firmada por su Director: P. Lic. Mg. Alberto Bochaty, en La Nación 4-12-06.

¿Qué consecuencias trae el relativismo de la modernidad tardía? Por lo pronto, lo penetra todo...". Advierte: "Los derechos reproductivos incluyen categorías nuevas que reformulan antiguas reivindicaciones feministas (...) ahora la demanda del aborto legal es abarcada en la más amplia petición de anticonceptivos para no abortar".²⁰

5. 2005-2007. Argentina. Llamativa sucesión de abortos practicados con autorización judicial

Es llamativa la arbitrariedad de las sentencias que, consecuentes con las políticas públicas implementadas, han avalado abortos denominados "eugenésicos",²¹ los que curiosamente surgieron, como ya se destacó, de casos insólitamente secuenciados en su aparición pública: en 2005, 2006 y 2007.

A fines de 2007, un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos autorizó a los médicos para que procediesen a practicar el aborto a una joven de 19 años, quien padece una incapacidad madurativa severa y fue víctima de abuso sexual con acceso carnal, tal como había sido solicitado por su madre como su representante legal. Si bien cada caso tiene connotaciones particulares, los que han antecedido a éste, y los que seguramente seguirán en este orden de conflictos, admiten con leves variantes las mismas observaciones que publiqué²², entonces máxime dada la llamativa ausencia de fundamentación suficiente de las respectivas sentencias, por lo que expongo las mismas objeciones respecto de todas ellas.

"...Corresponde inquirir: i) ¿por qué no se designó curador ad litem a una persona distinta de la madre y curadora de la incapaz? Lo exige el Código Civil y normas concordantes. Evidentemente, la impulsaba un interés opuesto al derecho a la vida de su nieto²³; ii) ¿por qué se desestimó el recurso interpuesto por el padre y abuelo ofreciendo hacerse cargo de ambos?; iii) ¿por qué se desautorizó la negativa profesional por unanimidad de los médicos de Paraná a practicar el aborto? (otro tanto ocurrió en Mendoza y en La Plata); iv) ¿cómo se justificó que con el apoyo de funcionarios provinciales y nacionales, la joven fue llevada de Paraná, Entre Ríos, al Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil de Mar del Plata donde la sometieron a una intervención quirúrgica que no resiste ser calificada de profesional?; v) ¿por qué se desconoció al hijo-embrión su condición de paciente, igual que a su madre?; vi) ¿por qué no se permitió, con los debidos recaudos tal como había sido dispuesto en Primera Instancia, que el embarazo continuara su curso natural, y luego se hubiese dispuesto la tutela por su abuelo o la guarda preadoptiva del niño en desamparo? Se debe seguir propugnando la previsión legislativa de una guarda preadoptiva prenatal para estos casos, así como también para el de los miles de embriones crioconservados en nuestro país²⁴; vii) ¿por qué se impuso el aborto como si éste pudiese ser justificado como fin en sí mismo?; evidencia de la ideología que los anima: oscurantista concep-

20 Segovia, Juan Fernando, su conferencia Posmodernidad, derecho y cultura. El aborto, en Curso..., cit.

21 Vide la exhaustiva obra de Sambrizzi, Eduardo A., Derecho y eugenesia, Buenos Aires, EDUCA, 2004.

22 Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, Aborto eugenésico..., cit. El caso presenta connotaciones peculiares, pero que admiten paralelo con otros casos similares casi coetáneos: el Superior Tribunal prescindió del recurso interpuesto por el padre de la menor de edad embarazada oponiéndose al aborto y ofreciendo hacerse cargo del niño por nacer y de su hija. Asimismo, desoyó las fundadas razones de la negativa unánime de proceder a practicar el aborto de los médicos del Hospital Materno Infantil San Roque de Paraná. Antes de que la sentencia quedase firme, con el apoyo de funcionarios del Ministerio de Salud provincial y nacional, respectivamente, la joven fue llevada a Mar del Plata donde, en un hospital público, se dio muerte al niño en gestación de cuatro meses.

23 Basset, Úrsula C., Acerca de la nueva tendencia de que las abuelas pidan autorización para que sus hijas aborten a sus nietos. Consideraciones jurídicas sobre la grave ilegitimidad de estos procedimientos, ED, 224-833, Buenos Aires, 2007; La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos, en ED, 219-755, Buenos Aires, 2006.

24 Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil: censo de ovocitos y embriones congelados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre, en El Derecho, n° 10.047, Buenos Aires, 2000; El derecho frente al congelamiento de óvulos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes, en El Derecho, n° 9762, Buenos Aires, 1999. Informe ante la Comisión Asuntos Legislativos del H. Senado de la Nación, agosto de 2006.

ción del embrión –cosa hoy que es una evidencia experimental que desde la fecundación del óvulo se trata de un individuo humano–; viii) ¿por qué en este caso tampoco se señaló nada respecto de la responsabilidad por negligencia de la curadora en el cuidado de la hija, al punto que fue abusada sexualmente, máxime que es sabido que en la mayoría de los casos el abusador es un varón de su entorno habitual?”.²⁵

En un caso muy similar, fallado por la sala I de la Suprema Corte de Mendoza²⁶ en 2006, quedó luego comprobado que el progenitor violador fue el concubino de la hermana de la incapaz. ¿Con qué cuidado era ejercido el deber de guarda de la representante legal que arguyó sobre la base de la conducta intachable de ella y de su familia?

Corresponde destacar también el demoledor efecto dominó²⁷ de las excepciones despenalizadoras sobre el resguardo jurídico integral del derecho a la vida, lo cual es ocultado porque, en realidad, se lo propicia. Esas excepciones “terapéuticas”, “eugenésicas” que se pretenden ratificar y aun ampliar, son argüidas como actos de solidaridad reprimidos que reclaman sensibilidad y comprensión. Corresponde recordar las fuentes: el Informe que la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación presentó en 1919: “...es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”.

Es conocido el ejemplo de la vida de Ludwing van Beethoven, pero siempre merece ser recordado. Este músico de excepcional talento, benefactor de la humanidad fue el quinto hijo de padre sifilítico y madre tuberculosa; el mayor de sus hermanos nació ciego; el segundo, murió al poco tiempo de nacer; el tercero, sordomudo, y el cuarto, tuberculoso.

Se reclama solidaridad, compasión... ¿respecto de quién? No seguramente de quien aún no nacido, en indefensión absoluta; se propugna despenalizar el acto de darle muerte, para además, más adelante o ahora mismo, por iguales sinrazones, directamente legalizar –legitimar, permitir– el acto de darle muerte, la comisión del aborto, ese “dar muerte a otro”; son expresivas e inconstitucionales las muy bajas penas previstas para el delito de aborto en relación con el de homicidio. Alejandro Maresca, en el III Congreso Interuniversitario de Bioética, realizado en la Universidad de Mendoza, en octubre de 2006, expuso fundadas objeciones a este criterio legal²⁸. Máxime si se considera la pena de las figuras agravadas del homicidio, art. 80 (CPA): “Se impondrá reclusión o prisión perpetua, (...) al que matare: 1º. A su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son; 2º con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso; 3º (...); 4º por placer, codicia, odio racial o religioso...”.

También debería ser reformado agravando la pena el art. 87 (CPA), la que es mucho menor que en el homicidio culposo. “Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo fuere notorio o le constare”.

Por su parte, el art. 88 (CPA) exime de pena a la tentativa de la mujer²⁹. Preguntamos por qué. No corres-

25 Suprema Corte de Buenos Aires, en el caso de Guernica, el tío.

26 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “G. A. R. en C., S. M. y otros”, 22-8-06, Buenos Aires, La Ley, 30-8-06.

27 Argentina, Río Negro. Legalización provincial de la eutanasia. Se sancionó la ley provincial 4264, publicada en enero de 2008 (B.O. Río Negro, n° 4582), que permite el retiro de los medios ordinarios para conservar la vida: hidratación y alimentación, solicitado por el paciente que por enfermedad o accidente se encuentre en estado terminal, o por sus representantes legales. Prevé la objeción de conciencia médica, creación de un registro de objetores pero todo establecimiento asistencial público o privado debe garantizar este “servicio” que se presenta como un “derecho”. Notivida, año VIII, n° 491, 14-2-08. Véase la muy completa obra de Sambrizzi, Eduardo A., Derecho y Eutanasia, Buenos Aires, La Ley, 2005.

28 Maresca, Alejandro Juan, conf. su conferencia El nasciturus es otro; pero no tanto, en el III Congreso Interuniversitario de Bioética, UCA-U. Austral, realizado en la Universidad de Mendoza, en octubre de 2006.

29 Código Penal Argentino (CPA), art. 88: “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”.

ponde que así sea; la tentativa para configurarse exige principio de ejecución. Uno de los más reiterados argumentos abortistas es el de que “la mujer tiene derecho a disponer de su propio cuerpo”. Pero ¿con qué razón legitimar que disponga del cuerpo de otro, de la vida de su hijo?

6. La inconstitucionalidad de las excusas absolutorias previstas en el art. 86 del cód. penal argentino

El art. 86, 2ª parte, enuncia los dos supuestos de excusas absolutorias de la comisión del delito de aborto. La excusa absolutoria consiste en no aplicar la pena prevista para el delito, cuando por las circunstancias enunciadas, que deberán ser probadas; y el actuar profesional médico que deberá ser autorizado judicialmente, debe recordarse que está también prevista la actuación del Ministerio Público de Menores, garantía constitucional del resguardo de los menores de edad e incapaces (arts. 54, 56, 59 y 264, cód. civil argentino).

Bajo intransferible responsabilidad médica profesional, calificada por la especialidad, en el diagnóstico y en el pronóstico de la salud de ambos pacientes, con autorización judicial que la respalde por haber comprobado la existencia efectiva de las excusas absolutorias y exigiendo el cumplimiento de los requisitos sobre los recaudos médicos, el Código Penal argentino (CPA) excepcionalmente exonera de la pena prevista al médico interviniente, a sus auxiliares, al director del nosocomio, a la propia abortante y/o a su representante legal en el caso de que sea menor de edad o incapaz. Así están enunciadas en el art. 86, 2ª y 1/2 parte (CPA): “...El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Son previsiones de distintas circunstancias, pero ambas son inconstitucionales; siempre es antijurídica la conducta de causar a otro la muerte; de la persona por nacer en este caso de modo directo, además en indefensión absoluta.

Aun en el primer supuesto –excepcional, pero que puede ocasionar un concreto dilema médico, incluso dar lugar a objeción de conciencia (arts. 14, 33 y 28, CN)–, el artículo penal exige claramente que el peligro para la vida o la salud (física) de la madre sea tal; además, que no pueda ser evitado el aborto por otros medios, y que se resguarde en lo posible la vida del hijo por nacer; ya señalamos que actualmente es aún más exigible el deber médico por resultar posible, el cuidado de la vida y la salud de los bebés, aun de los sumamente prematuros.³⁰

El segundo supuesto de excusa absolutoria del artículo penal citado es fruto confeso de la ideología eugenésica, que lo impuso al momento de la sanción del Código Penal³¹. Se funda en la cosificación y desprecio de la condición humana de la vida del enfermo mental, y desconoce a designio la dignidad de la persona por nacer, inocente de modo absoluto de sus circunstancias. También debe advertirse que la ideología eugenésica una vez implementada, tal como la historia lo atestigua, crece a modo de incendio y no reconoce

30 Servicio a la vida Fundar, Sevi, Gacetilla 241/08, 2008, abril. Creciente polémica en Europa, “Aborto. Debates sobre la protección de los bebés prematuros”. Declaración de los directores de las clínicas de obstetricia de las Universidades La Sapienza y Tor Vergara (públicas) y Campus Biomédico y Sacro Cuore (católicas) de Roma en la que afirman que si un feto naciera vivo tras la interrupción de un embarazo, debe ser reanimado aunque la madre sea contraria, ya que prevalece el interés del neonato. La capacidad de sobrevivencia del feto es un límite para el aborto, obliga a los médicos a salvar la vida del feto.

31 Academia de Ciencias Morales y Políticas, Dictamen sobre las excusas absolutorias del artículo 86 del Código Penal, firmado por los Dres. Leonardo Mc. Lean; Hugo O. M. Obiglio, Alberto Rodríguez Varela, recuerdan que la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación fundó ese inciso en doctrinas eugenésicas y racistas en boga entonces, como consta en el Informe de 1919. Asimismo, muy precisamente, señalan cómo el proyecto de abortos no punibles aprobado recientemente empeora el ya inaplicable texto del art. 86 del CPA.

límite alguno, multiplicando sus víctimas. Ello se evidencia en la relación entre aborto e infanticidio; entre eugenesia y eutanasia³².

Ambos incisos del art. 86, CPA, debieran ser derogados por inconstitucionales, en tanto son inaplicables. Todo lo contrario de la pretensión de convalidarlos, y más aún, de ampliarlos, como sin embargo se pretende en el proyecto “de aborto no punible”, aprobado por la Comisión de Salud Pública de la H. Cámara de Diputados de la Nación, en curso ya citado, o de otros que ya han perdido estado parlamentario..., pero que insistirán.

Todos pretenden sortear, en el plano del derecho positivo, el hecho técnico-jurídico de que el art. 86 del código penal ha devenido inaplicable en función de lo previsto expresamente en la reforma constitucional de 1994, en los tratados constitucionalizados, lo cual “explica” la elusión del deber judicial de fundamentar en los fallos de referencia para soslayar la evidente transgresión.

Entre ellos, debe ser exaltada la Declaración Argentina al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): “... Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad”. También el art. 6º, CDN: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

También debe ser denunciada la índole corrupta y corruptora³³ de la intencionada confusión de la opinión pública en temas fundamentales, por ejemplo: i) sobre el momento en el que se inicia cada vida humana³⁴; ii) sobre la distinción técnico-jurídica entre exención de pena y licitud de una conducta para lograr, finalmente, sancionar su legalización, desdeñando el criterio de nuestra sociedad que en su gran mayoría valora la vida humana como don que se recibe y se protege en la familia³⁵, por las ciencias médicas, las ciencias jurídicas, sociales y políticas.

32 Arias De Ronchietto, Catalina Elsa, No a la despenalización del aborto, la eugenesia o la eutanasia en Argentina, réplica publicada en Carta de lectores, Los Andes, Mendoza, 2-8-07.

33 Código Penal de Nicaragua. No obstante, el alerta y la resistencia firme dan sus frutos. La Asociación Médica Nicaragüense lideró la posición científica de rechazo del aborto “terapéutico”. El 13-9-07, con sólo 3 votos en contra y 64 a favor, sin abstenciones, se penalizó todo tipo de aborto en el nuevo Código Penal. Agradezco al Dr. Juan Fernando Segovia, esta información.

34 Obiglio, Hugo O. M., Academia del Plata, en Cartas de lectores, La Nación, 31-7-05. “...la vida se inicia mucho antes de las 24 hs de penetrado el espermatozoide en el óvulo. Los procesos comienzan con el contacto de las membranas de ambas células paternas”. Cita a Ostermeier (Nature, n° 429, 124 de 2004): “La presencia de ARNm del espermatozoide actúa como transmisor e intermediario de la información para la transferencia del ADN nuclear del citoplasma lo que marca los inicios de la actividad genética”. Agrega: esto es que existe ya expresión genética lo que significa la existencia de una vida humana naciente dotada de una actividad continua y propia hecho comprobado ahora en forma biomolecular”; Serani Merlo, Alejandro, El viviente humano. Estudios biofilosóficos y antropológicos, Pamplona, EUNSA, 2000. Expresa, en su doble condición de médico y filósofo: “... no se puede afirmar la realidad humana de un sujeto sin a la vez afirmar su realidad personal (...) el surgimiento de la persona humana en la existencia al igual que para todo ente natural constituye un evento instantáneo y no un proceso, por más que el surgir de la vida suponga un proceso” (pág. 84). Afirmando que el cigoto humano es un individuo humano, desarrolla rebatiendo las objeciones a la humanidad del cigoto (págs. 87-92).

35 Mazinghi, Jorge A., Derecho de Familia, prólogo de Guillermo A. Borda, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, 3º ed., t. 1, pág. 12; Buenos Aires, La Ley, 4ª ed. actualizada y ampliada, t. 1, pág. 19, 2006. Define: “La familia es una institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas, que tiene el fin de asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente”.

7. El atropello al ejercicio profesional de las ciencias médicas

Los fallos judiciales mencionados tienen en común también el antecedente de haber ignorado, atropellándola, la negativa de los profesionales, consultados en primer término, a practicar el aborto por razones de ciencia y de conciencia médica.

El hijo-embrión es otro respecto de su madre y es otro paciente respecto del médico, de allí que en todo conflicto deberán ser considerados dos sujetos, dos pacientes: la madre uno y el hijo-embrión, otro. Ante dos sujetos es arbitrario elegir causar la muerte de una persona humana –siempre fin en sí misma– como “solución” del dilema que sea. Es arbitrario colocar por ley positiva en cabeza de alguien un derecho a la vida “atenuado”, relativizado, subordinado al de otro sujeto o a diversas circunstancias. Tan injusta es una solución basada en la exclusiva defensa de la madre, como la que se centrara exclusivamente en el hijo-embrión.

Debe ser recordado que, respecto de la intervención abortiva, la Academia Nacional de Medicina, en 1994, ha advertido: “... el daño es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo³⁶”.

8. El daño irreparable

Nicolás Lafferriere ha señalado con razón que “...quitar la vida a una persona no tiene retorno y ello no puede ser desconocido. La salud de la madre, la tranquilidad económica de una familia, (...) pueden encontrar remedios alternativos, mientras que la vida no puede ser devuelta al por nacer. El derecho a la vida es el sustento de los demás derechos. Sin derecho a la vida no se puede ejercer ningún otro derecho. De allí se desprende su carácter de inviolable e indisponible. Cuando la vida se convierte en un recurso, la sociedad pierde parámetros objetivos, ya no garantiza la igualdad fundamental de todos y la convivencia queda sometida a la regla del más fuerte³⁷”.

El aborto está tipificado como delito porque causa un daño irreparable, definitivo a un bien jurídico fundamental: la vida humana³⁸. No se funda, por cierto, sólo en razones éticas o religiosas las que, sin duda, junto a otros importantes factores culturales, inciden en esta cuestión tanto como lo hacen en toda otra apreciación jurídica como tal, a partir del reconocimiento del derecho como ciencia práctica.

La determinación que califica como antijurídico al acto de causar muerte por aborto proviene de un hecho incontrastable, provisto por la naturaleza misma de la realidad en juego; antes de la práctica abortiva, el niño está vivo; luego está muerto. Se le ha quitado la vida. “...Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, así concluye el art. 4º del Pacto San José de Costa Rica que en el Preámbulo, clave interpretativa del mismo, expresa: “...reconociendo derechos esenciales del hombre (...) que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”.

36 Academia Nacional de Medicina, Boletín, vol. 72, 1994, pág. 450.

37 Lafferriere, Jorge Nicolás, El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto, El Derecho, n° 11.380.

38 En contra: Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Buenos Aires, Ediar, 2000; Singer, Peter, Ética práctica, Universidad de Monash, traducción de Rafael Herrera Bonet, Cambridge University Press, 2ª ed., 1995; Farrel, Martín, La ética del aborto y la eutanasia, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; Arribere, Roberto; Coco, Roberto, Nacer bien..., cit.

9. La despenalización del aborto es la ilegítima antesala de su legalización

En la ideología eugenésica y en el materialismo relativista que la inspira no se admiten límites objetivos, fundantes, razonables, jurídicos; todo en ella es arbitraria discriminación, violenta audacia. Lo corroboran estos casos en comentario: a las propias progenitoras enfermas se les impuso, abusivamente, una intervención quirúrgica a la que no hubieran sometido a un animal.

Tal como debiera ser difundido con mayor ahínco por los medios de comunicación social, el derecho a la vida está reconocido en el derecho argentino como derecho anterior a toda la legislación positiva reglamentaria, y como tal, posterior y a cargo de resguardar el bien jurídico. Este reconocimiento, sin fisura alguna, permanentemente ratificado, proviene de la propia Constitución histórica nacional e integra nuestra identidad como Nación. Así lo expresa la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales constitucionalizados "en las condiciones de su vigencia", conforme lo dispone el art. 75, inc. 22, igualmente en el inc. 23, según la reforma constitucional de 1994, el Código Civil, el Código Penal y normas concordantes.

10. El principio ético-jurídico de razonabilidad (art. 28, CN)

Dispone el art. 28, CN: "Los principios, garantías y derechos, reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Toda norma que altere el reconocimiento de los derechos reconocidos, así como excepcionar el resguardo del derecho fundamental a la inviolabilidad de cada vida humana, es pasible de tacha de arbitrariedad en el plano jurídico, y en el plano de la ética-política, de actos de corrupción.

Reflexión conclusiva

En el libro *¿Qué es la vida? La bioética a debate*, Stanislaw Grygiel escribe: "... Una sociedad que niega a los hombres la posibilidad de plantear preguntas tan fundamentales y decisivas para la existencia sobre la identidad de su ser y por tanto sobre el sentido de su vida es una sociedad inmadura (...) es una sociedad que no se compromete a trabajar por la propia identidad y degenera en una masa (...). La masa pone en duda la identidad del niño concebido porque pone en duda la identidad de todos sus componentes³⁹".

voces: Delitos contra la vida - aborto - bioética - persona - derechos humanos - constitución nacional - corte suprema de la nación - médico - tratados y convenios

39 Grygiel, Stanislaw, Para mirar al cielo. Vida, vida humana y persona, en Scola, Angelo (coord.), *¿Qué es la vida? La bioética a debate*, Madrid, Encuentro, 1999, pág. 49.

I.5. Aborto: ¿De qué se trata?

¿De qué se habla?

[EDCrim, (30/12/2004, nro 11.163)]

1. Cuestión: el mito del eterno retorno

Quisiera referirme al hecho de que el tema del aborto y su posible despenalización se ha vuelto a instalar en nuestro país (como cada tanto sucede). Esta situación del eterno retorno de una cuestión que se ha convertido en paradigmática de la sociedad contemporánea, no es una exclusividad de nuestro país, sino que también se da periódicamente y por distintas circunstancias en casi todos los países.

Por su trascendencia y repercusión, como ejemplo podemos referirnos al intenso debate que se dio tanto dentro como fuera de los Estados Unidos de Norteamérica, en ocasión del famoso fallo dictado por la Corte Suprema en el caso "Roe vs. Wade" en el año 1973¹, donde como señala Ronald Dworkin "declaró (por una votación de siete a dos) que la ley del aborto de Texas, que criminalizaba el aborto excepto cuando se practicara para salvar la vida de la madre era inconstitucional. Fue aún más lejos: dijo, en efecto, que cualquier ley estatal que con el fin de proteger al feto prohibiera el aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo -es decir antes del séptimo mes- sería inconstitucional"². Es importante destacar que la actora conocida bajo el nombre ficticio de Roe, como es de público conocimiento se arrepintió de su decisión y que su causa fuera motivo para la legalización de muchísimos abortos y por eso actualmente milita en organismos provida o antiabortistas.

Más adelante el mismo autor aclara que el voto de la mayoría redactado por el juez Blackmun "declaró que una mujer embarazada tiene un derecho constitucional a la privacidad en materia de procreación,

1 Roe vs. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

2 Dworkin, Ronald, "El dominio de la vida-una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual", Barcelona, 1998, Ariel, pág. 14.

Daniel Alejandro Herrera

Doctor en Ciencias Jurídicas.
Profesor Titular de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil en la UCA

y que este derecho general incluye el derecho al aborto si ella y el médico deciden a favor del mismo. Añadió que las razones que pueda tener un Estado para anular este derecho criminalizando el aborto no constituían razones imperativas durante los dos primeros trimestres de embarazo, y concluyó que un estado no podía prohibir el aborto durante ese período. El juez Rehnquist, en su voto disidente, negó que las mujeres tuvieran un derecho constitucional específico a controlar su propia reproducción; dijo que tienen sólo un interés de libertad -sólo un interés protegido por el test de racionalidad, que es mucho más débil-. Aceptó que, incluso este interés, es suficientemente importante como para convertir en inconstitucional cualquier ley que prohíba el aborto que sea necesario para salvar la vida de la madre, pero declaró que son legítimos los objetivos que un Estado puede perseguir al prohibir el aborto practicado por otros motivos, incluso durante el primer período de embarazo, y que, por tanto, no sería irracional la decisión de un Estado de prohibir el aborto para promover esos objetivos”³.

Volviendo a nuestro país, actualmente la cuestión no sólo alcanza al debate mediático, sino que también han llegado al poder legislativo, tanto nacional como de la Ciudad de Buenos Aires, sendos proyectos sobre la despenalización del aborto o la reglamentación de los supuestos de abortos no punibles fijados en el art. 86 del cód. penal.

De esta manera la cuestión está planteada en los siguientes términos: aborto permitido o aborto prohibido. En otras palabras, frente a este dilema moral ¿qué es lo que debe primar? la libertad de elección de la mujer que proclaman los partidarios de la despenalización del aborto o la vida del niño por nacer que defienden los que sostienen el mantenimiento de la penalización del aborto a la que adherimos adelantando la tesis que pretendemos fundar.

2. Los hechos: ¿De qué se trata?

Antes de considerar los argumentos de las distintas posturas es conveniente precisar la realidad de los hechos, o sea, qué es un aborto y qué sucede cuando se practica el mismo.

Así pues, el Diccionario de la Real Academia española dice: aborto: (lat. abortus, de ab y ortus, privar nacimiento). Acción de abortar, cosa abortada. Médicamente, interrupción de la gestación antes que el feto sea viable (antes de los 180 días).

De la misma manera para el mismo diccionario: feto (lat. fetus) Anatómicamente, embrión producto de la concepción en los mamíferos, desde que ha adquirido la conformación característica de su especie (en monos y hombres, al tercer mes). Este embrión abortado. Por su parte, embrión (Gr. émbryon) m. Biológico, rudimento de un organismo antes de desarrollarse. En el género humano, desde la concepción hasta el cuarto mes del embarazo.

En síntesis, según el diccionario el aborto sería la interrupción de la gestación antes que el feto sea viable (180 días). Por otra parte, el nuevo ser que surge a partir de la concepción y hasta aproximadamente el tercer mes se llama embrión y a partir de ese cuarto mes se lo denomina feto.

Por lo tanto, el comienzo de la vida del ser humano no depende de la determinación arbitraria ni de la moral, ni del derecho. Es una realidad biológica y por tanto es competencia de la biología (bio significa vida) conocer cuál es ese momento. La ética y el derecho se tienen que fundar sobre el dato biológico de la existencia de una vida humana. Ahora bien, biológicamente está comprobado que hay vida humana, y por

³ Dworkin, Ronald, “El dominio.....”, op. cit. Pág. 140.

ende un nuevo ser humano distinto de sus progenitores, desde el mismo instante de la concepción, o sea, desde el momento en que el espermatozoide penetra en el óvulo, en el cual queda constituido el embrión unicelular o cigoto.

Al respecto podemos citar a Ángel Serra y Roberto Colombo: "El nivel fundamental de organización de la naturaleza viviente es la célula. Esta constituye el elemento más simple, pero esencial de la materia viviente, del cual es la unidad biológica de estructura, función y reproducción. Todos los seres vivientes, desde el más simple al más complejo, están constituidos por una o más células, y tienen origen en una o más células pre-existentes. Si se excluye el caso más simple, el de los seres unicelulares (bacterias, algas azules, y muchos de los protozoos), en los cuales su única célula representa el único modo de existir desde la reproducción hasta la muerte, los seres vivientes multicelulares son identificados por los biólogos a través del reconocimiento de su forma de existencia individual, que los constituye y caracteriza a lo largo de toda su vida. Esta forma individual se denomina organismo. Es la forma de vida que representa la integración, la coordinación y la expresión última (fenotipo) de las estructuras y de las funciones del ser viviente, y que lo hace un ser singular y no otro de su especie. Aunque la forma plenamente desarrollada de un organismo (adulto) se completa únicamente en la fase madura de su ciclo vital, sin embargo, ésta ya existe desde el inicio del propio ciclo (generación) y constituye la base de la unidad de cada ser viviente para toda su vida. Cada organismo multicelular que se reproduce sexualmente inicia su ciclo vital como un organismo constituido temporalmente por una única célula (embrión unicelular o cigoto) y posteriormente por más células (embrión multicelular). Pero su estructura biológica, aparentemente simple, no confina al embrión unicelular como equivalente a ninguna de las células del cuerpo humano tomadas singularmente, ni al embrión multicelular como equivalente a algún grupo o masa de células. Desde el principio se trata ya de un organismo -y no de una célula o masa de células- por su incipiente ciclo vital que representa la expresión definida, en el espacio y en el tiempo, de la integración y de la coordinación de todas sus células, en diferentes niveles de progresiva organización morfo-funcional (células, tejidos, órganos y aparatos)"⁴.

En efecto, es pacíficamente aceptado en biología que a partir de concepción comienza el ciclo vital de un nuevo organismo que responde a los caracteres genéticos y morfológicos de un ser humano y se desarrolla por medio de un proceso continuo, donde cada etapa es necesaria, no pudiéndose prescindir de ninguna. Así, por ejemplo, es reconocido por el celebre informe Warnock dictado en el Reino Unido en 1984 por el Comité sobre fertilización humana y embriología que en su capítulo 11 dice: "Mientras que, como se ha visto, la temporización de los diferentes períodos del desarrollo es crítica, apenas ha comenzado el proceso, no hay ninguna particularidad del proceso de desarrollo que sea más importante que otra; todo forma parte de un proceso continuo, y si cada período no sucede normalmente, en el tiempo justo y en la secuencia correcta, el desarrollo ulterior cesa (...). Por eso, biológicamente no se puede identificar en el desarrollo del embrión un estadio singular al margen del cual el embrión in vitro no debería ser considerado con vida"⁵.

Sin perjuicio de lo dicho, y en evidente contradicción lógica con los fundamentos vertidos, agrega: "A pesar de nuestra división sobre este punto, la mayoría de nosotros recomienda que la legislación debería conceder que la investigación pueda conducirse sobre cualquier embrión obtenido mediante fertilización in vitro, cualquiera que sea su procedencia, hasta el término del día 14º de la fertilización"⁶, incorporando el término pre-embrión⁷, que constituye un verdadero eufemismo, dado que como se dijo anteriormente en el

4 Serra, Angelo y Colombo Roberto, "Identidad y estatuto del embrión humano-la contribución de la biología", publicado en el libro "Identidad y estatuto del embrión humano, Madrid, 2000, Ediciones Internacionales Universitarias, pág. 112.

5 Department Of Health and Social Security, Report of the Committee of Inquiry into human Fertilization and Embryology, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1984, pág. 65, citado por Serra Angelo y Colombo Roberto en "Identidad y estatuto...", op. cit. pág. 151.

6 Idem, pág. 69.

7 Al respecto el informe del Comité de ética de la Asociación Americana para la fecundación (AFS) en septiembre de 1986 en consonancia

propio informe, toda etapa en el proceso de desarrollo del ciclo vital es necesaria e imprescindible (incluida la que va desde la concepción hasta el día 14) y en la cual ya se reconoce que ese organismo (humano) está vivo. De esta manera, se busca de forma arbitraria "legitimar" prácticas biomédicas que constituyen una manipulación de embriones humanos durante esos primeros 14 días.

Al respecto podemos citar la autorizada opinión del profesor Lejeune, quien fuera Doctor en Medicina y en Ciencias, Profesor de Genética Fundamental y jefe de Departamento de Citogenética del Hospital des enfants Malades y descubridor de la trisomía del cromosoma 21, que origina el síndrome de Down: "Pre-embrión: tal palabra no tiene significado. No es necesario instaurar una subdivisión denominada 'pre-embrión', pues no hay nada anterior al embrión; en el estadio precedente al embrión no hay más que un espermatozoide y un óvulo; esa entidad se convierte en un cigoto; y cuando el cigoto se divide, se convierte en embrión. Cuando existe la primera célula, todo -absolutamente todo- lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar (...) Cuando un espermatozoide fecunda al óvulo, produce 'la célula más especializada del mundo', especializada para lo que ninguna otra célula tendrá jamás las instrucciones durante la vida del individuo que acaba de crearse. Ningún científico ha emitido jamás la opinión de que un embrión pueda ser objeto de propiedad. Desde su concepción, un hombre es un hombre"⁸.

En otras palabras, mediante el recurso de no nombrar a las cosas por su nombre, embrión humano, o más bien, ser humano en estado embrionario, se inventa una palabra (pre-embrión) que por una parte no dice nada, ni especifica el estatuto biológico del viviente que designa y por otra oculta la verdadera entidad biológica del nuevo ser humano y de su estado, como ha sido probado por los más serios estudios biológicos y genéticos.

En consecuencia, siempre y en todos los casos el aborto es el aniquilamiento de una vida humana, pues en la fusión de los gametos (con la fusión cromosómica) comienza a operar como una unidad, una nueva célula humana (cigoto), dotada de una nueva y exclusiva estructura informacional que constituye un organismo vivo (un viviente), siendo la base de su desarrollo posterior. Desde ese mismo instante simultáneamente queda constituido el código genético (genotipo) y comienza el ciclo vital con la interacción del genotipo con el ambiente físico, químico y biológico (fenotipo). Todo lo que sucede a partir de ese instante es parte del desarrollo de un único e idéntico ser. Por lo tanto, no se puede distinguir entre individualidad genética estática e individualidad fenotípica o de desarrollo, pues necesariamente van juntas, siendo justamente la forma dinámica diacrónica o fenotipo (que se deriva y contiene al genotipo como forma estática sincrónica) lo que constituye la individualidad, o sea, la existencia de un nuevo individuo de la especie humana (*homo sapiens*) con su propia identidad, sin perjuicio del posible desdoblamiento futuro en el caso de los gemelos monocigóticos⁹. La concepción (y lo que sucede a partir de ella) es un acontecimiento que puede ser verifi-

con el informe Warnock define el término de la siguiente manera: "un preembrión es el producto de la unión de gametos, desde la fecundación hasta la aparición del eje embrionario. Se considera que esta fase preembrionaria se extiende hasta los catorce días siguientes a la fecundación. Esta definición no pretende dar de manera implícita una apreciación moral del pre-embrión" (Boletín de la AFS, vol. 46, N° 3, Páginas V,VI y VII, citado por Lejeune, J. Que es un embrión humano, Madrid, 1993, Rialp, pág. 143.

⁸ Lejeune, Jerome, "Qué es el embrión humano", Madrid, 1993, Rialp, pág. 141. En esta obra transcribe su versión vertida como experto en el Juicio Davis vs Davis, Tribunal de Justicia de Maryville, Tennessee, 1989, donde se discutía el estatuto humano o no de siete embriones congelados a pedido del matrimonio Davis y que luego de su divorcio se produce el conflicto porque la madre quiere implantárselos y el padre se opone argumentando que no puede ser obligado a ser "padre".

⁹ Como dice la Dra Vila-Coro, María Isabel, "Introducción a la biojurídica", Madrid 1995, Universidad Complutense de Madrid, pág. 43: El hecho de que un individuo se vaya a dividir más adelante en otros dos individuos, que se vaya a duplicar, no obsta para que antes de dividirse sea un único individuo. Por otra parte, no hay razón para retrasar hasta el día 14 la consideración de único e indivisible que no vaya a dividirse. De acuerdo con las afirmaciones de los genetistas pueden existir dos sistemas alternativos de generación de la vida humana que no se excluyen mutuamente: 1) vida humana desde el mismo instante de unión del óvulo y el espermatozoide en los supuestos normales:

cado empíricamente por la ciencia moderna (Estatuto biológico del ser humano en estado embrionario).

Ahora bien, no podemos pedirle a la biología que tenga una respuesta a todos los problemas que surgen a partir de esta constatación, pues hay determinados elementos del estatuto del embrión humano (por ejemplo, la presencia de un alma espiritual) que no pueden ser verificados empíricamente por las ciencias positivas como la biología, por no formar parte de su objeto, ni ser accesible a su método. Por otra parte, tampoco es comprobable por las mismas ciencias positivas (por idénticas razones) la inexistencia de un alma espiritual. En consecuencia, es competencia de la filosofía (y la Teología) discernir a partir del dato biológico, cuál es el estatuto ontológico del embrión humano y desde cuándo podemos hablar en el nuevo ser humano de la presencia de un alma espiritual.

Tampoco es competencia de la biología determinar si el embrión humano es persona, cuya respuesta en el plano ontológico es requerida a la Filosofía como vimos, sin perjuicio de la consideración moral y jurídica sobre el estatuto de persona de todo ser humano. En efecto, así como la filosofía considera este estatuto en el plano del ser, por el cual el hombre es persona en tanto es una sustancia individual de naturaleza racional, según la clásica definición de Boecio; la moral y el derecho lo consideran en el plano del deber ser en que se dan ambas ciencias prácticas y así determinan cómo debe ser tratado y reconocido moral y jurídicamente el hombre.

Como el presente pretende ser un artículo escrito desde la perspectiva del jurista, dejaremos de lado (por exceder el objeto del mismo) el estatuto ontológico del embrión humano, para limitarnos al status jurídico del mismo, lo que también requiere una consideración moral dada la ineludible vinculación entre ambas disciplinas.

3. El derecho: ¿De qué se trata también?

En consecuencia, teniendo en cuenta el hecho biológico descripto (de la presencia de una nueva vida humana desde el mismo instante de la concepción) y sin perjuicio de la consideración filosófica pertinente, desde el punto de vista jurídico corresponde que el ser humano en estado embrionario o fetal deba ser tratado y reconocido como persona y como tal como sujeto de derecho, portador de determinados bienes humanos que le pertenecen por el solo hecho de ser humano (entre ellos el bien básico y primario de la vida) y por tanto objeto de debido reconocimiento, garantía y tutela por el resto de la comunidad.

Esta perspectiva es coincidente en este punto con la consideración moral del estatuto del embrión humano, tal como lo refleja la Instrucción "Donum vitae" sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, publicada el 22 de febrero de 1987 por la Sagrada Congregación para la doctrina de la Fe: "Por tanto, el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona humana, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida"¹⁰ (Estatuto moral y jurídico del ser humano en estado embrionario).

ontogénesis; 2) en los casos extraordinarios de gemelos monocigóticos comienza la vida humana para la segunda mitad, a partir de la escisión del producto de la concepción: mitosis"

10 Donum Vitae, Cap. I, N° 1. En el mismo sentido Evangelium Vitae N° 60.

Nuestro ordenamiento jurídico constitucionalmente reconoce el estatuto personal del ser humano desde el momento mismo de la concepción y garantiza los derechos fundamentales que surgen de él. En efecto, la Constitución Nacional vigente incorpora a la misma con jerarquía constitucional (Constitución dispersa) los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), entre los que se encuentra: 1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 1 establece que "persona es todo ser humano", para luego reconocer en el art. 4º que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida...a partir del momento de la concepción"; 2) la Convención de los Derechos del Niño, en la cual la República Argentina expresó una reserva donde dice que entiende por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad" (conf. art. 2 de la ley 23.849 [EDLA, 1990-2003] ratificatoria de la Convención); 3) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce la personalidad jurídica del niño por nacer cuando en el art. 6º, inc. 5º prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez. Por otra parte, el propio texto constitucional en el art. 75, inc. 23 nos ofrece una primera definición del término niño, cuando establece que será facultad del Congreso Nacional dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, "desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia, y de la madre...". Antes de la reforma de 1994, la vida era considerada un derecho implícito (art. 33, Constitución Nacional) desde la concepción hasta la muerte. Sin lugar a dudas, para la Constitución el niño por nacer (desde la concepción) goza de plena personalidad jurídica.

Este status de persona del embrión humano ha sido expresamente reconocido en el ya citado caso "Portal de Belén" donde la Corte expresamente dice: "se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia los hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación"¹¹

Por su parte, el Código Civil de la República Argentina, define la persona física y el comienzo de su existencia: El art. 70 establece que "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas" y en el mismo sentido, el art. 63 establece que "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". El art. 264 regula el instituto de la patria potestad, estableciendo que es el "conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado". El art. 51 establece que "todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible". El art. 54 incluye a las personas por nacer entre los incapaces de hecho que serán representados legalmente por sus padres o tutores conforme lo dispuesto por el art. 57. Del juego de estos artículos resulta indudable que el Código Civil argentino reconoce que el ser humano es persona desde su concepción.

Sobre la base de este contexto el Código Penal tipifica el delito de aborto dentro de los delitos contra la vida humana en los arts. 86 a 88. O sea, que justamente el bien jurídico protegido por la legislación penal es la vida humana en todas sus manifestaciones y estados y en todos y cada uno de los seres humanos.

En suma, el ser humano en estado embrionario o fetal, desde el momento mismo de su concepción y durante todo el proceso vital de gestación hasta su nacimiento, y con fundamento en su ser natural humano

¹¹ CSJN, Portal de Belén,, op.cit. & 4.

goza de todos los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, tratados internacionales incorporados a la misma y legislación de fondo vigente. De la misma manera que en el ámbito de cada provincia goza de los derechos y garantías reconocidos en las respectivas Constituciones provinciales. Además también es titular de los específicos derechos del niño reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño incorporado a nuestra Constitución conforme art. 75 inc. 22, ley 23.849, ratificatoria de la Convención.

Entre estos derechos se encuentran: 1) el derecho a la vida y a nacer. El niño por nacer, como todo ser humano, tiene el derecho inalienable a la vida como primer derecho, fuente y origen de todos los demás derechos humanos. 2) tiene derecho a una protección especial, más que cualquier otra persona, por parte de la familia, el Estado y la sociedad. En todas las decisiones y medidas que tomen o en que intervengan instituciones públicas o privadas, así como órganos legislativos, judiciales o administrativos, es de consideración primordial el interés superior del niño, en este caso de la persona por nacer. 3) el derecho del niño por nacer y su madre a la asistencia médica necesaria y a recibir el tratamiento y el cuidado especial que requiera su situación particular. 4) el derecho del niño por nacer a ser concebido y crecer en su medio ambiente natural, el seno materno. 5) la igualdad de derechos de todos los niños por nacer, dentro o fuera del seno materno, quienes no podrán ser discriminados ni seleccionados en razón de su patrimonio genético, características físicas o biológicas. 6) el derecho del niño por nacer a no ser manipulado genéticamente ni clonado. 7) el derecho del niño por nacer a no ser sometido a procedimientos que afecten su dignidad, integridad e identidad.

4. Los argumentos: ¿De qué se habla?

Después de haber visto la realidad de los hechos, o sea de qué se trata el aborto, y el derecho vigente en nuestro país, nos queda por ver cuáles son los argumentos que se esgrimen para fundar las posiciones que se toman frente a esta cuestión. Ahora bien, no siempre lo que se habla coincide con la realidad del problema a considerar, pues en muchos casos los argumentos no se fundan en el dato objetivo necesario para saber de qué se trata la aporía a resolver, sino que se lo tergiversa para acomodarlo a la postura que se pretende defender por la vía argumentativa.

Comenzando por analizar los argumentos que se utilizan para defender un "derecho al aborto" o su despenalización, vemos que son de distinta índole y van desde la negación del status humano del embrión y del estatuto de persona, hasta el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, el derecho a la privacidad y a la no intromisión del Estado en el ámbito de una decisión estrictamente personal, el riesgo para la salud y vida de la madre, los abortos en caso de violación, etc.

Dado que no disponemos de suficiente espacio para analizar todas y cada una de las argumentaciones que se exponen, seleccionaremos algunas que son troncales o más importantes, empezando por la que está en la base de toda la argumentación abortista, que es la primera que expusimos en el párrafo anterior: la negación del status humano del embrión, o sea, que biológicamente estemos en presencia de un ser humano en los primeros estadios de su desarrollo embrional, de lo que se sigue la negación del status moral y jurídico de persona. Esto es así porque todas las otras argumentaciones explícita o implícitamente suponen esta negación, pues de lo contrario se reconocería que se está eliminando una vida ajena, en otras palabras, que se está matando a otro.

4.1. Primer argumento pro-abortista: El embrión en los primeros estadios de su desarrollo no sería todavía un ser humano, por lo tanto no puede ser considerado (moral y jurídicamente) una persona.

Al respecto por ejemplo dice la filósofa partidaria del aborto Judith Jarvis Thomson: "la oposición al aborto

descansa, en su mayoría, sobre la premisa de que el feto es un ser humano, una persona, desde el momento de la concepción. Esta premisa está razonada, pero, a mi entender, indebidamente. Tomemos, por ejemplo, el razonamiento más frecuente. Se nos pide que advirtamos que el desarrollo del ser humano desde la concepción, a través del nacimiento, hasta la infancia, es continuo; y en seguida se dice que el hecho de trazar una línea, de elegir un momento en ese desarrollo y decir 'hasta esta línea, el feto no es persona, detrás de la línea lo es' es tomar una decisión arbitraria, decisión para la que no puede darse una razón lógica. Se llega a la conclusión de que el feto es, o, al menos, de que deberíamos decir que es, una persona desde el momento de la concepción. Pero esta conclusión no es lógica. Podría decirse algo similar sobre el desarrollo de una bellota hasta convertirse en roble, y no se llega a la conclusión de que las bellotas sean robles, o de que deberíamos decir que lo son. Los razonamientos de este tipo reciben a veces el nombre de 'razonamientos escurridizos (...) Sin embargo, me inclino a estar de acuerdo con que la perspectiva de trazar una línea en el desarrollo del feto es bastante turbia. Me inclino a creer también que probablemente estamos de acuerdo en que el feto se ha convertido en un ser humano bastante antes del nacimiento. Es, en realidad, sorprendente el averiguar lo temprano que comienza a adquirir características humanas. En la décima semana, por ejemplo, ya tiene cara, brazos, piernas y dedos; tiene órganos internos y se puede detectar actividad cerebral. Pero, por otro lado, pienso que la premisa es falsa, que el feto no es persona desde el momento de la concepción. Un óvulo recién fecundado, un grupo de células recién implantado, no es más persona de lo que una bellota es un roble"¹².

Algunos autores van más allá y exigen la conciencia de sí mismo para reconocerle el status biológico de vida humana o ser humano y el consecuente status moral y jurídico de persona con derecho a la vida, como sostiene Michael Tooley en un artículo sobre aborto e infanticidio: "Volvamos ahora a mi afirmación básica, sobre la exigencia de conciencia propia: Un organismo tiene derecho a la vida sólo si posee la idea de un 'yo' como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales y cree que él mismo es tal entidad (...) Esto completa mi visión de los principios morales básicos implícitos en la cuestión del aborto y el infanticidio. Pero quiero comentar un punto práctico importante; en concreto en qué momento empieza a poseer un organismo la idea del 'yo' como sujeto continuo de experiencia y otros estados mentales, junto con la creencia de que es tal entidad continua. Desde luego es materia de investigación psicológica más detallada, pero la observación cotidiana deja claro, en mi opinión, que un niño recién nacido no posee la idea del 'yo' continuo más de la que posee el gatito. Si esto es así, el infanticidio realizado en un plazo corto después del nacimiento debe ser moralmente aceptable"¹³.

Comenzando por el argumento de Thomson, este puede dividirse en dos partes: 1) el argumento biológico: el embrión todavía no es un ser humano (sino un grupo de células) aunque está en camino de serlo; 2) el argumento ético-jurídico: el embrión no es una persona y por tanto no es o no debe ser tratado como sujeto de derecho.

Respecto al argumento biológico me remito a lo dicho anteriormente en el punto 2 sobre el estatuto biológico del ser humano en estado embrionario. Por su parte, en respuesta al argumento ético jurídico, además de lo expuesto en el punto 3 sobre la consideración jurídica del embrión humano a la que también me remito, podemos citar al famoso filósofo del derecho contemporáneo John Finnis que explícitamente le contesta a Judith Thomson: "He supuesto que el niño no nacido es, desde el momento de la concepción, una persona, y por tanto no debe ser discriminado con motivo de la edad, la apariencia u otros factores en la

12 Thomson, Judith Jarvis, "una defensa del aborto", publicado en el libro "Debate sobre el aborto-cinco ensayos de filosofía moral", de John Finnis, Judith Jarvis Thomson, Michael Tooley y Roger Wertheimer, Madrid, 1992, Ediciones Cátedra SA, pág. 9/10.

13 Tooley, Michael, "Aborto e infanticidio", publicado en el libro "Debate sobre el aborto-cinco ensayos de filosofía moral", de John Finnis, Judith Jarvis Thomson, Michael Tooley y Roger Wertheimer, Madrid, 1992, Ediciones Cátedra SA, pág. 99/100.

medida en que tales factores se consideren razonablemente irrelevantes cuando lo que importa es el respeto por los valores humanos básicos. Thomson argumenta contra este supuesto, pero en mi opinión no lo hace bien. Ella piensa (como Wertheimer, *mutatis mutandi*) que el argumento para considerar a un niño recién concebido como persona es escurridizo (pág. 9), igual que (supongo) decir que todos los hombres son barbudos porque no está clara la línea de separación entre tener barba y no tenerla. Más concretamente, piensa que un niño recién concebido es como una bellota, que, después de todo, no es un roble. Es descorazonador ver como se fía de este vago equívoco. Una bellota puede seguir siendo durante años lo mismo, simplemente una bellota. Si se planta, de ella saldrá un roble, un sistema biológico nuevo y dinámico que no tiene mucho que ver con la bellota, salvo que viene de ella y es capaz de producir otras nuevas (...) Con mayor razón pasa con la concepción del niño, que no es una mera germinación de una semilla. Dos células sexuales, cada una con sólo veintitrés cromosomas, se unen y de forma más o menos inmediata se funden para convertirse en una nueva célula con cuarenta y seis cromosomas, que dan lugar a una constitución genética única (no la del padre, ni la de la madre, ni una mera yuxtaposición de los dos), que a partir de ahí y durante toda su vida, por larga que sea, determinará sustancialmente los rasgos del individuo. Esta célula es la primera etapa en un sistema dinámico integral que no tiene mucho en común con las células sexuales femeninas y masculinas aisladas, salvo que surgió de ellas y en su momento producirá otras nuevas. Decir que este es el momento en que empieza la vida de una persona no es remontarnos desde la madurez, preguntando en cada punto cómo se puede trazar en él la línea. Es más bien señalar un límite perfecto como comienzo al que cada uno de nosotros se puede remontar y ver cómo, en un sentido muy inteligible, 'en mi comienzo está el fin'. Judith Thomson piensa que empezó a 'adquirir características humanas' 'alrededor de la décima semana' (cuando se hicieron visibles los dedos, etc.). No sé por qué pasa por alto la característica humana más distinta y radical de todas, el hecho de que la concibieron padres humanos"¹⁴.

En otras palabras, lo que afirma Finnis (y el sentido común) conforme al dato biológico, es que de la reproducción humana no sale un roble (como sí sucede a partir de la germinación de la bellota), ni una lagartija, sino otro ser humano, por la sencilla razón de que cada ser engendra otro ser semejante a él, y por tanto es un ser humano desde el primer instante, por lo que es merecedor del respeto que se le debe a todo ser humano por el mero hecho de serlo, al considerarlo moral y jurídicamente como una persona. Al respecto volvemos a citar al Dr. Lejeune: "cada individuo tiene un inicio exacto: el momento de la fecundación. La fecundación artificial lo demuestra. De ahí que el Dr. Edwards y el Dr. Steptoe, cuando volvieron a situar el embrión de Luisa Brown primera niña probeta del mundo- en el seno de la madre, estaban perfectamente seguros de que ese embrión no era ni un tumor, ni un animal, sino un ser humano en su extrema juventud. Después de más de mil casos de fecundación extracorpórea realizados en el mundo, una doble evidencia se impone: el embrión humano se desarrolla completamente por sí solo, por su propia virtud y está dotado de una increíble vitalidad"¹⁵.

Por su parte el argumento de Tooley va mucho más allá y al establecer que el status de ser humano tiene que ver con la conciencia que tenga de sí mismo, no solamente desconoce este status en el embrión, sino también en el niño recién nacido, e incluso habría que extenderlo a los enfermos mentales, terminales o que pierden este sentido de conciencia por el deterioro propio de la vejez, o temporalmente por estar simplemente dormidos. Este también es el argumento de autores famosos como Engelhardt¹⁶ y Singer¹⁷, donde este último incluso distingue entre seres de otras especies que son personas (monos antropomorfos) y seres

14 Finnis, John, "Pros y contras del aborto", publicado en el libro "Debate sobre el aborto-cinco ensayos de filosofía moral", de John Finnis, Judith Jarvis Thomson, Michael Tooley y Roger Wertheimer, Madrid, 1992, Ediciones Cátedra SA, pág. 140/142.

15 Lejeune, Jerome, "Qué es el embrión humano", Madrid, 1993, opinión vertida en el informe ante el Parlamento Europeo, 1986, citado por Vila-Coro, María Isabel, "Introducción a la biojurídica", Madrid 1995, Universidad Complutense de Madrid, pág. 40.

16 Engelhardt, H.T, "Fundamentos de la Bioética", Barcelona 1995, Paidós.

17 Singer Peter, "Practical Ethics", Cambridge University Press, 1995.

humanos que no lo son (sin conciencia), por lo que concluye que es más grave matar a un chimpancé que a un ser humano gravemente discapacitado que no es una persona. Desde luego, todo lo dicho tanto en el plano biológico como ético-jurídico para refutar el argumento anterior es aplicable a este caso, a lo que podemos agregar que una postura como esta se presta para la eliminación sistemática de seres humanos por la sola razón de que carecen temporal o permanentemente de conciencia de sí mismos.

4.2. Segundo argumento pro-abortista: La mujer tiene derecho a decidir sobre su cuerpo

En el mismo libro acerca del debate sobre el aborto del que tomamos las citas de Thomson, Tooley y Finnis, Wertheimer Roger, describe la posición liberal pro-abortista en los siguientes términos: "Para un liberal extremo el feto es siempre sólo *pars viscerum matris*, como un apéndice, y se puede destruir siempre que se pida antes de su nacimiento. En efecto, este punto de vista niega que el aborto necesite nunca una justificación. Un punto de vista moderado es que hasta que puede sobrevivir por sí solo se podría destruir el feto si es el resultado de unas relaciones criminales, o si la salud física o mental de la madre o el niño tuvieran posibilidades de ser gravemente perjudicadas"¹⁸.

Nadie discute que no sólo la mujer, sino cualquier ser humano tiene derecho (aunque no absoluto) a decidir sobre su propio cuerpo. En materia de atención médica, por ejemplo, se requiere el consentimiento del paciente (o en su defecto de los familiares) para la realización de ciertas prácticas médicas invasivas del cuerpo humano. De alguna manera mi cuerpo soy yo, pues es un elemento constitutivo (junto con el alma a la que está unida substancialmente) del ser humano. El hombre no es espíritu puro, sino que también es cuerpo, por eso no es ni un alma espiritual encarcelada en un cuerpo, como tampoco es sólo materia, sino que es una unidad sustancial de cuerpo y alma, o sea, cuerpo animado y alma incorporada.

El problema es que en el caso del aborto la mujer no decide sobre su cuerpo, o más bien, no decide solamente sobre su cuerpo (que indudablemente está involucrado cuando está embarazada), sino que decide sobre el cuerpo, el ser o la vida de otro. En consecuencia, este argumento no es autónomo, sino que supone con carácter previo la afirmación de que el feto no es un ser humano distinto a la mujer que lo concibió y lo está gestando (*pars viscerum matris*), por lo que de caer el primer argumento como quedó demostrado en el punto anterior, necesariamente cae también este.

Incluso la misma mujer que ha experimentado en carne propia lo que es estar embarazada, reconoce que además de ella hay algo más que vive y se mueve en su seno. Así lo admite por ejemplo la profesora Catharine MacKinnon de la Facultad de Derecho de Michigan, destacada abogada feminista, que sin reconocer que el feto sea una persona o que tenga que ser tratado como una persona, señala que tampoco se identifica totalmente con el cuerpo de la mujer: "En mi opinión y según la experiencia de muchas mujeres embarazadas, el feto es una forma humana de vida. Está vivo (...) Más que una parte del cuerpo pero menos que una persona, dónde ésta es en gran parte qué es. Desde el punto de vista de la mujer embarazada, es al mismo tiempo yo y no yo. El feto 'es' la mujer embarazada en el sentido de que está en ella y es de ella, y es más de ella que de cualquier otro. Él 'no es' ella en el sentido de que ella no es todo lo que hay allí"¹⁹.

4.3. Tercer argumento pro-abortista: El derecho de abortar es parte del derecho a la intimidad de la mujer y por tanto estaría fuera del alcance de la ley penal por lo menos en los dos primeros trimestres de la gestación.

¹⁸ Wertheimer Roger, "Comprender la discusión sobre el aborto", publicado en el libro "Debate sobre el aborto-cinco ensayos de filosofía moral", de John Finnis, Judith Jarvis Thomson, Michael Tooley y Roger Wertheimer, Madrid, 1992, Ediciones Cátedra SA, pág. 34

¹⁹ MacKinnon, Catharine, "Reflections on Sex Equality Under Law", 1.316, citado por Dworkin, Ronald, "el dominio de la vida.....", op. cit., pág. 75.

Como vimos este es el argumento que utilizó el juez Blackmun para fundar el voto de la mayoría en la sentencia del famoso caso "Roe vs. Wade" en 1973 (Por su parte el juez Rehnquist, redactó el voto de la minoría en sentido contrario), por el que declaró que una mujer embarazada tiene un derecho constitucional a la privacidad en materia de procreación, y que este derecho general incluye el derecho al aborto si ella y el médico deciden a favor del mismo. Añadió que las razones que pueda tener un estado para anular este derecho criminalizando el aborto no constituían razones imperativas durante los dos primeros trimestres de embarazo, y concluyó que un estado no podía prohibir el aborto durante ese período²⁰.

En realidad, tampoco es un argumento autónomo, porque supone previamente la negación del carácter de persona en el sentido al que se refiere la Constitución de los Estados Unidos que en su decimocuarta enmienda dispone que ningún estado negará a ninguna persona la igualitaria protección de la ley. Por lo tanto, antes de fundar el derecho de privacidad tuvo que considerar si el feto era o no persona desde el punto de vista constitucional, y si se le hubiera reconocido tal carácter, se encontraría justificada la penalización del aborto que establecía la ley de Texas que fue declarada inconstitucional por el mencionado fallo.

Como ya vimos que el primer argumento es falso, porque quedó demostrado que el embrión-feto es un ser humano distinto a su madre y que debe ser tratado y respetado como persona moral y jurídicamente, tampoco se podría aplicar el segundo argumento (el derecho de privacidad en el caso del aborto) porque carecería de sustento.

Esto no significa que no exista un derecho a la privacidad, en cuanto tiene que existir una esfera íntima de la persona que esté fuera del alcance de la regulación del Estado y especialmente en materia penal, pero en este caso (del aborto) no se da porque además de la privacidad de la mujer, se encuentra involucrada la vida y los derechos de otro ser humano. Por eso, si bien es cierto que el derecho no abarca toda la amplitud del campo moral y las acciones privadas tienen que estar exentas del juicio de los magistrados (como señala el principio de reserva establecido por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional), también lo es que el derecho sería más bien un mínimo de ética exigible públicamente y que sin lugar a dudas, la protección de la vida humana en cualquiera de sus manifestaciones y estados es parte nuclear de dicho mínimo.

4.4. Cuarto argumento pro-abortista: El aborto debe ser permitido cuando está en riesgo la vida o salud de la madre.

Dentro de la argumentación pro-abortista que gira en torno al problema de la vida o salud de la madre, tenemos que distinguir entre los casos del llamado aborto terapéutico y del aborto clandestino, lo que requiere consideraciones de distinto tipo.

4.4.1. Aborto terapéutico: es el caso contemplado por el primer inciso del art. 86 del cód. penal, de aborto no punible, si es realizado cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre. Al respecto, quiero señalar la inconstitucionalidad de este inciso luego de la incorporación de los tratados internacionales a nuestra Constitución en virtud a lo dispuesto por el art. 75 inciso 22 de la misma, debiéndose adecuar la legislación a lo estipulado en los pactos internacionales que tienen rango constitucional. Con más razón lo sería cualquier ley sancionada con posterioridad a la incorporación de los tratados. Sin perjuicio de lo determinado por la norma es pertinente hacer algunas consideraciones de orden moral.

En primer lugar, no es moralmente lícito eliminar en forma directa una vida para salvar otra, en este caso ni

²⁰ Cfr. Dworkin, Ronald, "el dominio de la vida.....", op. cit., pág. 140.

la vida del hijo para salvar la de la madre, ni la vida de la madre para salvar la del hijo. En consecuencia, es un deber moral e hipocrático en el caso del médico hacer todo el esfuerzo necesario para salvar la vida de ambos, pues una cosa es aceptar la muerte como final natural de una vida y otra muy distinta es provocarla aunque sea para salvar otra²¹. Por otra parte, el avance de la ciencia médica y el desarrollo de la tecnología en materia de salud han disminuido a niveles muy bajos, los supuestos en que se pueda dar la disyuntiva planteada. También "se dice -afirma Basso- que la madre ejerce el derecho de legítima defensa contra el niño. Pero este argumento no se puede admitir, pues el niño no es ni puede ser un injusto agresor; para poder hablar de injusticia es necesario que el acto sea moralmente malo y que quien lo realice sea psicológicamente responsable; estas condiciones aquí no caben de ninguna manera"²².

En segundo lugar, distinta es la situación en la que el aborto no querido se produzca en forma indirecta al intentar salvar la vida de la madre. Se trataría de un caso de aplicación de lo que se conoce en moral como el principio de la causa del doble efecto, que Tomás de Aquino expresa de la siguiente manera: "Nada se opone a que una misma acción tenga dos efectos, de los que uno es intentado y otro queda fuera de la intención. Ahora bien, las acciones morales reciben su especie de lo que está en la intención y no de lo que es ajeno a ella, ya que esto le es accidental"²³.

En lo que respecta a la aplicación del principio en materia de aborto, señala Pío XII: "si la salvación de la futura madre, independientemente de su estado de embarazo, requiriese urgente una intervención quirúrgica u otra aplicación terapéutica que tuviera como consecuencia secundaria, en ningún momento querida, ni intentada, pero inevitable, la muerte del feto, tal acto no podría ya llamarse un atentado directo contra la vida inocente. En estas condiciones, la operación puede ser lícita, como otras intervenciones médicas semejantes, siempre que se trate de un bien del alto valor como es la vida y no sea posible diferirla hasta el nacimiento del niño ni recurrir a otro remedio eficaz"²⁴.

4.4.2. Aborto clandestino: otro de los argumentos que suelen utilizarse para justificar la despenalización del aborto, es que su penalización hace que muchas mujeres recurran a abortos clandestinos, realizados sin las medidas técnico-médicas, ni de asepsia necesarias con grave riesgo para la salud y vida de la madre. Ahora bien, este el mismo argumento que se utiliza para "legalizar" la comercialización de la droga, o sea, que ante la constatación de la repetición de hechos delictivos, en lugar de prevenir o reprimir según el caso, se recurre a la despenalización de la conducta, lo que es coincidente con una visión abolicionista o minimalista del Derecho Penal. En otras palabras, es lo mismo que si dijéramos que dado que existe la trata de blancas, en lugar de perseguirla, lo mejor sería despenalizarla a fin de "blanquear" la situación (con perdón de lo paradójal de la expresión), para que puedan tener cobertura social.

En el caso del aborto clandestino lo que hay que hacer es justamente lo contrario, o sea, por una parte prevención y contención con la mujer (especialmente en aquellos casos potenciales de riesgo) para que no recurra al mismo y por otra perseguir y reprimir a quienes realizan esta práctica ilegal y criminal de la medicina.

21 Conf. Pío XI, Enciclica Casti Connubi; En el mismo sentido Pío XII "Discurso dirigido al Congreso del Frente de la Familia y de la Federación de las Asociaciones de las asociaciones de las familias numerosas" del 28 de noviembre de 1951, recopilado en el libro "Pío XII y las Ciencias Médicas", Bs. As. 1961, Ed. Guadalupe pág. 118.

22 Basso Domingo M, "Nacer y morir con dignidad", Bs. As. 1991, Corporación de abogados católicos, consorcio de médicos católicos, Ed. Depalma, pág. 359.

23 Santo Tomás de Aquino, "Suma Teológica, II-II, q. 64, art. 7.

24 Pío XII "Discurso dirigido al Congreso del Frente de la Familia y de la Federación de las Asociaciones de las asociaciones de las familias numerosas" del 28 de noviembre de 1951, recopilado en el libro "Pío XII y las Ciencias Médicas", Bs. As. 1961, Ed. Guadalupe pág. 119. En el mismo sentido, Basso Domingo M, "Nacer y morir con dignidad", op.cit., pág. 393.

4.5. Quinto argumento pro-abortista: El aborto debe ser permitido cuando el embarazo es resultado de una violación.

En nuestro ordenamiento positivo, sólo está contemplado como no punible el aborto en caso de violación, cuando se trate de una mujer demente o idiota, con previo consentimiento de su representante legal (art. 86, inc. 2º, cód. penal), siendo un objetivo de los movimientos pro-abortistas extenderlo para todos los casos de violación. Es el caso del aborto eugenésico, pues tal como lo señalan los fundamentos de la ley que lo estableció, el motivo del mismo no es reparar una violación, sino evitar que nazca otro ser idiota o demente, tal como se creía conforme a los prejuicios racistas y eugenésicos existentes en esa época, felizmente superados en la actualidad. Por eso resulta paradójico que actualmente se siga justificando el aborto en esta causal, como ha sucedido en algunos casos judiciales que han tenido trascendencia pública.

Al respecto podemos volver a citar a Thomson: "Así que mi opinión es que (...) aún imaginando el caso en que una mujer embarazada como resultado de una violación, debería permitir que el no nacido usase de su cuerpo durante la hora que necesita, no deberíamos sacar la conclusión de que tiene derecho a ese uso; deberíamos sacar la conclusión de que si se niega, es egocéntrica, cruel, despreciable, pero no injusta"²⁵.

Nuevamente este argumento presupone que el feto no es un ser humano, porque sino se estaría reconociendo un crimen. En consecuencia, me remito a lo dicho cuando tratamos el primer argumento respecto al status humano del embrión-feto y como ya dijimos caído este argumento caen los demás que se apoyan en él.

También de la última parte del argumento de Thomson se desprendería que en caso de aborto por violación puede haber algún reproche de tipo moral, pero no jurídico, pues no se le puede exigir a la mujer que le "preste" al feto su cuerpo durante nueve meses para poder vivir. Ya hemos señalado en su momento que el derecho era un mínimo de moralidad exigible públicamente y que por tanto no todo lo reprochable moralmente, lo es jurídicamente, pero también dijimos, que la protección de la vida humana en todas sus manifestaciones y estados forma parte central de dicho mínimo y por tanto, aunque la mujer no consintió voluntariamente la relación sexual que dio origen al embarazo, la protección de la vida que naturalmente lleva en su seno puede no sólo moral, sino también jurídicamente obligarla a llevar dicho embarazo a término.

Sin duda que la mujer violada no es culpable de la situación, sino por el contrario es la víctima, pero la agresión injusta sufrida no se repara con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebé, sino más bien con una atención y contención de la mujer violada que la ayude a superar ese trance, y en caso que no quiera al bebé hijo de su violador, lo dé a luz y lo entregue para su adopción. Lo que no se puede hacer en ningún caso, es confundir el agresor y considerar de esta manera al bebé inocente, además de al violador culpable y para colmo condenarlo a muerte a diferencia del violador que aún en caso de ser condenado no perdería la vida. Sobre la inocencia del feto nos remitimos a la cita de Basso en la nota 24.

5. Los argumentos segunda parte: ¿De qué se habla también?

Hasta ahora hemos visto los argumentos pro-abortistas a favor de la despenalización o permisión del aborto y su réplica desde la posición antiabortista que aboga por su prohibición y mantenimiento de la penalización. A continuación abordaremos algunas argumentaciones que en teoría no se ubicarían en ninguna de las posiciones antagónicas, aunque en la práctica no se pueda decir lo mismo. Me refiero a la teoría del espacio libre de derecho de Arthur Kaufmann y la que establece el valor autónomo e intrínseco de la vida humana, de Ronald Dworkin.

²⁵ Thomson, Judith Jarvis, "una defensa del aborto", op.cit, pág. 26.

5.1. La teoría del espacio libre de derecho (Kaufmann).

Si bien esta doctrina es más antigua, últimamente ha sido reflatada por Arthur Kaufmann representante de la moderna hermenéutica jurídica, que dice: "Espacio libre de derecho no significa jurídicamente no regulado, sino jurídicamente no valorado. No es posible desconocer, sin embargo, que la expresión 'libre de derecho' es bastante inapropiada y constituye, por tal razón motivo de confusiones. Casi todos los legos en materia jurídica se representan bajo 'espacio libre de derecho' un ámbito ajeno a cualquier regulación jurídica; esto no es sorprendente pues a ellos les es desconocida la diferencia entre lo 'no punible' y lo 'no regulado penalmente' (...) Muy por el contrario, en el espacio libre de derecho se trata de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto antijurídicas. A manera de caracterización de dicha conducta ambivalente se impuso la expresión, poco acertada de 'no prohibidas'. Correcto sería, más bien hablar de espacio libre de valoración jurídica. Esta expresión, mientras tanto no se ha podido imponer. El espacio libre de derecho se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio). Su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, bajo determinados supuestos, se declara 'no punible'. La pregunta acerca de lo que ha de entenderse por 'no punible' -no antijurídica, no culpable, etc.- no es regulada por el legislador, esto le queda reservado a la jurisprudencia y a la doctrina"²⁶.

Por su parte, respecto de la aplicación de esta doctrina al caso puntual del aborto agrega: "Si el orden jurídico se abstiene de cualquier valoración respecto a la interrupción no sancionada del embarazo (y de casos equivalentes) cesa, luego, la particularmente delicada discrepancia entre derecho y moral. Esta tolerancia frente a distintos puntos de vista, religiosos, morales, ideológicos; crea la posibilidad de que diferentes posiciones se puedan poner de acuerdo en una solución intermedia. Por esto han de abandonar, no obstante, su postura extrema. Quien levanta barricadas fundamentalistas no contribuye en absoluto a la mejoría de las relaciones (...) Para la realización del modelo 'no prohibido-no permitido' se requiere tan sólo un pequeño detalle: tolerancia. En primer lugar y, ante todo, tolerancia frente a la mujer embarazada, a la que no se puede tildar por decidir de manera diferente a lo que uno misma crea correcto. Pero también es necesaria la tolerancia frente al niño concebido y no nacido, que tiene un derecho a la vida. Finalmente, se debe ejercer, así mismo, tolerancia frente a los partidarios y a los enemigos del aborto. Jamás se podrán colocar todos en forma satisfactoria bajo una misma postura. Pero actuar responsablemente significa que todos estos puntos de vista han de ser tenidos en cuenta seriamente para la decisión"²⁷.

Lo que en teoría puede ser neutro, en la práctica no lo es. Así podríamos contestar a la aparente neutralidad de la teoría del espacio libre de derecho (penal) con la creación de la categoría no prohibido-no permitido, o sea, no valorado jurídicamente, porque si en definitiva lo que prima es la decisión de la mujer embarazada que hay que respetar y tolerar aunque no la compartamos, en la práctica la teoría "no prohibido-no permitido", se transforma en "no prohibido-permitido" y no se diferencia del argumento que ya analizamos basado en la libre decisión de la mujer en el marco del derecho a la intimidad, tal como fuera resaltado en el fallo "Roe vs. Wade". En consecuencia, nos remitimos a los argumentos vertidos contra esa fundamentación (ver punto 4.3) que en los efectos prácticos serían aplicables también en este caso. A lo que podríamos agregar, que en el caso de que la mujer decida realizarse el aborto ¿en qué queda la tolerancia al derecho a la vida del concebido, no nacido? (que refiere el autor): tolerancia en los papeles, intolerancia en la realidad.

26 Kaufmann, Arthur, "Filosofía del derecho", Bogotá 1999, Universidad Externado de Colombia, pág. 408.

27 Kaufmann, Arthur, "Filosofía del derecho", op. cit. Pág. 417.

5.2. El valor autónomo e intrínseco de la vida humana (Dworkin).

En la conclusión de su libro *El dominio de la vida* que ya hemos citado, el autor sintetiza la tesis que desarrolló a lo largo del mismo y que en la parte pertinente transcribimos: “Nos han persuadido de que la cuestión central es metafísica -la cuestión de si un feto es una persona- acerca de la cual ningún argumento puede ser decisivo, y ningún compromiso es aceptable debido a que, para unos, la pregunta es si los bebés pueden ser asesinados mientras que, para los otros, es si las mujeres deberían ser víctimas de una superstición religiosa. Cuando analizamos más minuciosamente lo que la gente realmente siente acerca del aborto podemos rechazar esta explicación, fatalmente engañosa. Casi ninguno de los que apoyan las leyes antiaborto cree realmente que un feto recién concebido sea una persona, y casi ninguno de los opositores a esas leyes realmente cree que el argumento en contra del aborto se apoye sólo en la superstición. El verdadero debate es muy distinto: estamos tan profundamente en desacuerdo porque todos asumimos seriamente un valor que nos unifica como seres humanos, la santidad o inviolabilidad, en cualquier etapa en que se encuentre, de cualquier vida humana. Nuestras drásticas disensiones señalan la complejidad del valor y las formas marcadamente diversas como culturas, grupos y personas diferentes comprometidas igualmente con ese valor, interpretan su significado (...) Pero aunque podamos sentir que nuestra propia dignidad se encuentra involucrada en lo que otros hacen en relación a la muerte y a veces podamos aspirar a que otros actúen como consideramos correcto, una verdadera percepción de la dignidad apunta decisivamente en la dirección opuesta, esto es, a favor de la libertad individual y no de la coerción, a favor de un régimen jurídico y de una actitud que nos aliente, a cada uno de nosotros, a adoptar decisiones sobre la muerte individualmente. La libertad es el requerimiento cardinal y absoluto del autorrespeto: ninguno trata su vida como si tuviera una importancia intrínseca y objetiva, a menos que insista en conducirla por sí mismo, en no ser llevado por otros a lo largo de ella, sin importar la medida en que los ame, respete o tema (...) Insistimos en la libertad porque valoramos la dignidad y ubicamos en su centro el derecho a ejercer la libertad de conciencia, de forma que un gobierno que la niegue es totalitario, sin importar cuál sea el grado de libertad que nos deje en elecciones menos importantes. Porque honramos la dignidad, reclamamos democracia, a la que definimos de tal modo que entendemos que una constitución que permita que la mayoría restrinja la libertad de conciencia es enemiga de la democracia y no su manifestación. Cualquiera que sea la opinión que adoptemos en relación al aborto y la eutanasia reivindicamos el derecho de decidir por nosotros mismos y, por consiguiente, deberíamos estar dispuestos a insistir en que cualquier constitución honorable, cualquier constitución genuina que se sustente en principios, garantizará ese derecho para todos. Es tan importante vivir de acuerdo con nuestra libertad como el hecho de disponer de ella. La libertad de conciencia presupone la responsabilidad personal de reflexión y pierde gran parte de su significado cuando se ignora esta responsabilidad”²⁸.

En suma, Dworkin distingue dos modos de plantear el debate: 1) de carácter derivado, pues supone previamente la determinación de si el feto es una persona y como tal titular de derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida y conforme se responda a esta cuestión se deducen las consecuencias ético jurídicas, o sea, si es persona no debería admitirse el aborto porque sería un asesinato, en cambio si no lo es podría permitirse el mismo porque no afecta el derecho de nadie; 2) de carácter autónomo, pues independientemente de la respuesta a la cuestión del estatuto del embrión-feto (que no tendría ninguna incidencia en el debate sobre el aborto), la vida humana en cualquier estado tendría un valor intrínseco, consistiendo el debate en la diferente interpretación que cada persona, grupo o religión tiene respecto a este valor.

Por eso, luego de señalar ambos modos de plantear el debate, afirma que el primero es erróneo porque más allá de las diferencias entre los científicos sobre el comienzo de la vida humana, parece innegable que un embrión humano es un organismo viviente que ya contiene códigos biológicos que dirigirán su posterior

²⁸ Dworkin, Ronald, “el dominio de la vida.....”, op. cit., pág. 311/314.

desarrollo físico, pero de estos hechos no se deduce que el feto tenga también derechos o intereses que deben ser tutelados y respetados, como tampoco que el feto encarna un valor intrínseco que deba ser protegido. Ambas cuestiones, son de carácter moral y jurídico y no biológico ni derivado de la cuestión biológica.

En consecuencia, para él la cuestión sobre el aborto es del segundo tipo, o sea, autónoma, y por tanto, que la vida humana tenga un valor intrínseco por el cual es sagrada o inviolable y que siempre es lamentable que una vida humana termine prematuramente una vez empezada, es un problema moral y jurídico. Como hay diferencias de interpretación sobre el valor intrínseco que todos le reconocen a la vida humana, el principio aplicable es que la decisión que se tome debe ser personal (no debiendo el Estado interferir y mucho menos penalmente) fundada en la libertad de conciencia y la consecuente responsabilidad personal.

Respecto a su respuesta a la primera argumentación (derivada) podemos decir que es cierto que la cuestión sobre si el feto es persona y concomitantemente sujeto de derecho es moral y jurídica (sin perjuicio de la cuestión ontológica del embrión humano a considerar por la filosofía y que expresamente no abordamos en este artículo como ya señalamos) y no biológica como ya afirmamos en el punto 2. Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, la determinación del status moral y jurídico del embrión humano supone el dato sobre el estatus biológico del mismo, lo que no significa que se deduzca lógicamente de él como si fuera la conclusión de un silogismo por el cual se infiera indebidamente el deber ser a partir del ser (conocido como Principio o Ley de Hume).

Por el contrario, más bien se refiere a que la constatación de la existencia de una vida biológicamente humana, hace inmediatamente evidente (y por tanto captado por la inteligencia como *nous* o *intelectus* por simple aprehensión y no como *ratio*, o sea discursivamente) la existencia de un ser humano portador de esa vida y también se manifiesta en forma evidente que la conservación de la misma es un bien para dicho ser y como tal debe ser respetado de acuerdo con el primer principio evidente de la ley natural conocido por la razón práctica: Se debe hacer el bien y evitar el mal, conforme lo señala Tomás de Aquino en la cuestión 94 de la I-II cuando señala que el primer principio práctico es evidente, como lo es el principio de no contradicción en el plano teórico y que la evidencia se funda en la equivalencia o conversión entre ser y bien (como perfección o plenitud del ser en tanto es apetecida) y por eso traza un paralelo (no deducción o derivación) entre el orden de las inclinaciones naturales que la razón capta como buenas o perfectivas y el orden de los primeros principios o preceptos de la ley natural que ordena que deban ser realizadas o respetadas²⁹.

En consecuencia, vida humana, ser humano y persona humana (en sentido moral y jurídico), a pesar de las distintas perspectivas epistemológicas a partir de la cual son captados (biológica, filosófica, ética y jurídica) son términos equivalentes y correlativos del mismo ente y por tanto no se deriva uno de otro en forma deductiva.

Por su parte, respecto de su respuesta al segundo argumento (autónomo) podemos decir que afirmar por una parte el valor intrínseco de la vida humana y que sea lamentable que una vida humana una vez empezada termine prematuramente, supone que existe un ente portador de esa vida al que puedo llamar biológicamente viviente (más allá de la cuestión metafísica, ética o jurídica de su status de persona), porque a diferencia de lo que sostiene cierta filosofía de los valores como la de Max Scheler (que sostiene que el valor vale pero no es), solo puede tener valor o ser considerado un bien, aquello que es o existe, porque el ser es la primera perfección y por ende el valor fundante (óntico) de todos los demás. Pero por otra parte dejar librado a la libertad de conciencia de cada uno la decisión sobre dicho valor, hace que el mismo, en la práctica sea puramente subjetivo. Particularmente en el caso del aborto, quedaría exclusivamente en poder

29 Cfr. Santo Tomás de Aquino, "Suma Teológica, I-II, q. 94, art. 2.

de la mujer determinarlo (al no reconocer status moral y jurídico al embrión), reduciendo en este supuesto la protección de la vida a una cuestión privada, sin incidencia ni interferencia pública. Esto hace que en última instancia el argumento coincida con el vertido por el juez Blackmun en el fallo "Roe vs. Wade", por lo que son pertinentes las mismas observaciones que hicieramos del mismo en el punto 4.3, particularmente aquella que considera al derecho como un mínimo de ética exigible públicamente y que la protección de la vida humana (por el derecho en general y el derecho penal en particular) forma parte esencial de dicho mínimo.

6. Conclusión

Al respecto hacemos nuestras las siguientes palabras de Juan Pablo II: "Si se pone tan gran atención al respeto de toda vida, incluida la del reo y la del agresor injusto, el mandamiento « no matarás » tiene un valor absoluto cuando se refiere a la persona inocente. Tanto más si se trata de un ser humano débil e indefenso, que sólo en la fuerza absoluta del mandamiento de Dios encuentra su defensa radical frente al arbitrio y a la prepotencia ajena(...) La decisión deliberada de privar a un ser humano inocente de su vida es siempre mala desde el punto de vista moral y nunca puede ser lícita ni como fin, ni como medio para un fin bueno. En efecto, es una desobediencia grave a la ley moral, más aún, a Dios mismo, su autor y garante; y contradice las virtudes fundamentales de la justicia y de la caridad. « Nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo ». Cada ser humano inocente es absolutamente igual a todos los demás en el derecho a la vida. Esta igualdad es la base de toda auténtica relación social que, para ser verdadera, debe fundamentarse sobre la verdad y la justicia, reconociendo y tutelando a cada hombre y a cada mujer como persona y no como una cosa de la que se puede disponer. Ante la norma moral que prohíbe la eliminación directa de un ser humano inocente « no hay privilegios ni excepciones para nadie. No hay ninguna diferencia entre ser el dueño del mundo o el último de los miserables de la tierra: ante las exigencias morales somos todos absolutamente iguales »"³⁰.

³⁰ Juan Pablo II: *Evangelium Vitae*, N° 57

I.6. El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto. Análisis sintético del estado actual del debate

Publicado en "El Derecho", Tomo 215 p. 685
Diario de Doctrina y Jurisprudencia,
Buenos Aires, martes 8 de noviembre de 2005,
Año XLIII, nro. 11.380, pag. 1

1. Aborto, bioética y actualidad del tema

El problema del aborto procurado es, sin lugar a dudas, una de las cuestiones centrales en el actual debate social sobre la vida humana. Sin embargo, resulta paradójico que mientras que la bioética surge en torno a la valoración ética que merecían los diversos adelantos tecnológicos que han posibilitado al hombre un creciente poder sobre la vida humana¹, el aborto ha sido desde siempre un tema de intenso debate y no guarda una particular vinculación con "nuevos desarrollos tecnológicos", pues se trata de la eliminación directa de un ser humano antes de su nacimiento.

Esta constatación nos podría llevar a pensar que sobre el aborto todo está dicho y que no queda mucho que agregar. Sin embargo, han aparecido en este último tiempo nuevas características que urgen un enfoque desde la bioética del problema del aborto. En efecto, como bien lo señala Juan Pablo II, se trata de un atentado contra la vida humana que tiende a perder, "en la conciencia colectiva, el carácter de delito y a asumir paradójicamente el de derecho, hasta el punto de pretender con ello un verdadero y propio reconocimiento legal por parte del Estado y la sucesiva ejecución mediante la intervención gratuita de los mismos agentes sanitarios"².

Otra circunstancia nueva en el debate sobre el aborto es "la difusión de una terminología ambigua, como la de «interrupción del embarazo», que tiende a ocultar su verdadera naturaleza y a atenuar su gravedad en la opinión pública"³.

También debemos decir que han aparecido nuevas

Jorge Nicolás Lafferriere

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad de Buenos Aires.

1 Ver SGRECCIA, Elio, Manual de Bioética, Ed. Diana, México, 1996, p. 16 y 32.

2 JUAN PABLO II, Evangelium Vitae, 11 (en adelante EV).

3 EV 58.

formas de aborto, muchas veces encubiertas bajo apariencia de “anticoncepción”. En el mismo sentido, las técnicas de procreación artificial muchas veces conllevan la eliminación de personas por nacer aún antes de su “transferencia” al seno materno. También un mal uso del diagnóstico prenatal ha abierto las puertas a una nueva “eugenesia” que pretende justificar la eliminación de los seres humanos por nacer que no son viables, reabriendo un debate que, al menos en nuestro país, se encontraba claramente zanjado por el Código Civil.

En este marco, quisiéramos ahora repasar el estado actual del debate bioético en torno al aborto. Cabe aclarar que muchas veces este “debate” transcurre por carriles muy poco rigurosos, lleno de argumentos de tipo sentimental y eludiendo cualquier seria confrontación de ideas sobre el punto central: el estatuto del embrión humano.

Queremos comenzar, justamente, por enfrentar el problema del comienzo de la existencia de la persona. Allí intentaremos presentar sintéticamente las principales posturas y las razones que justifican la afirmación que es la concepción el momento de inicio de la existencia de la persona humana.

Luego abordaremos los argumentos que eluden esta cuestión de la personalidad del embrión y se focalizan en otras circunstancias: los derechos de la mujer, la salud materna como política de Estado, la brecha entre ricos y pobres, la “neutralidad moral” del Estado, el carácter relativo del derecho a la vida y la motivación eugenésica.

2. El debate sobre el comienzo de la existencia de la persona

“Persona es todo ser humano”. Esta obvia afirmación del art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) constituye el punto de partida para cualquier diálogo constructivo. En efecto, la convivencia social se fundamenta en el reconocimiento del “otro” como alguien distinto, con dignidad y derechos inalienables fundamentados en su ser personal. De otro modo, la sociedad pierde el rumbo y se transforma en lugar de lucha de intereses, de combate entre individuos que no tienen límites en su obrar para sobrevivir y prosperar. Incluso los derechos humanos serían simples declaraciones inoperantes si la noción de persona es manipulada para hacerla funcional a los intereses de los más poderosos. Lamentablemente, esta manipulación se verifica con mucha frecuencia en países que desconocen el carácter de persona del embrión humano desde el primer momento de su existencia.

Desde el momento que el espermatozoide penetra el óvulo, comienza la existencia de la persona humana⁴: comienza su desarrollo en un proceso gradual, autónomo, irreversible, caracterizado principalmente por su progresividad creciente, para alcanzar un fin estructural y funcional⁵.

El ingreso del espermatozoide en el óvulo, a través de una interacción entre ambas células, actúa como disparador de una serie de mecanismos biológicos que determinan, ante todo, el cierre de la membrana pelúcida, que ya no permitirá el ingreso de ningún otro espermatozoide. En ese momento, el nuevo ser comienza su existencia. Esta nueva célula es un sistema que actúa como una unidad, un ser viviente ontológicamente unitario y con una precisa identidad. Está intrínsecamente orientado y determinado hacia un desarrollo bien definido⁶.

4 En cuanto a la definición jurídica del momento en qué se produce la concepción, avalan la definición que propugnamos, entre muchos otros: QUINTANA, Eduardo Martín, Control Judicial en la fecundación asistida, ED 13-7-95; MOSSO, Carlos José, Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial, ED 23-4-96; Departamento de Cs. Jurídicas y Políticas del Instituto FUNDAR para la Cultura, Procreación artificial: consideraciones sobre dos proyectos de ley, ED 10-11-95; BLANCO, Luis Guillermo, El preembrión humano, ED 155-585; QUIAN ZAVALÍA, Santiago, Sobre el comienzo de la existencia de la persona, ED 7-5-01; CONTE-GRAND, Julio, In dubio pro vitae Ante un enigma interpretativo, una decisión judicial a favor de la vida, ED 6-4-00; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones crioconservados, ED 17-7-00. También puede verse: *Identità e Statuto dell’Embrione Umano*, AA.VV. Pontificia Academia pro Vita, Libreria Editrice Vaticana, 1998; BOCHATEY, Alberto, Vida Humana y Sexualidad en Vida y Ética, Año 2 nro. 2, Diciembre de 2001, 21 y ss.; SGRECCIA, Elio, Manual de Bioética, Ed. Diana, México, p. 337.

5 Eduardo Martín Quintana, Control Judicial en la fecundación asistida, ED 13-7-95, pto. 2.1.

6 cfr. Angelo SERRA y Roberto COLOMBO, “Identità e statuto dell’embrione umano: il contributo della biologia”, en “Identità e Statuto

Sin embargo, se verifica la existencia de diversas posturas que, objetando estas afirmaciones, alegan que la existencia de la persona comienza en un momento posterior. A continuación procuraremos realizar un sintético análisis de estas objeciones para fundamentar nuestra posición en la cuestión⁷:

1. Pre-embrión vs. Individualidad: Un primer grupo de opiniones sostiene que hasta el día 14 aproximadamente el embrión no puede ser considerado un "individuo". En tal sentido, se verifican varias fundamentaciones:

1.1. Para algunos, el embrión sería un simple conjunto de células sin entidad ontológica y simplemente en contacto unas con otras y no podría hablarse de una "individualidad". Sin embargo, la evidencia biológica ha contradicho esta postura, pues demuestra que desde la unión de óvulo y espermatozoide, se forma una nueva "unidad" que se desarrolla con autonomía, coordinación y gradualidad.

1.2. Una segunda postura, sostenida fundamentalmente por la Dra. A. McClaren afirma que recién con la aparición, hacia el día 14, de la estría primitiva se configura el "cuerpo" del embrión. Esta postura también aparece en el informe Warnock y es la que ha dado origen al término "pre-embrión" para designar al embrión humano desde el momento de la fertilización hasta el día 14 de su desarrollo. Entendemos que se trata de una definición arbitraria, que desconoce que en la aparición de la "línea primitiva" no se produce ningún hecho que altere la esencia del ser humano ya presente desde el momento de la fecundación. Como afirma Sgreccia, siguiendo a A. Serra, "la línea primitiva no representa sino el punto de llegada de un proceso ordenado secuencialmente, sin soluciones de continuidad, que se inicia desde el momento en que se formó el cigoto... Esta no aparece en modo alguno de improviso como desde el exterior"⁸.

1.3. Para otros, como el embrión hasta el día 14 podría dividirse y formar gemelos (gemelación monocigótica), entonces no se puede afirmar que haya "un solo" individuo humano. Al respecto, Serra y Colombo destacan que esta posibilidad es realmente rara y que el 99-99,6% de los cigotos se desarrollan como un solo individuo⁹. Por otra parte, la división que pudiera producirse genera un nuevo individuo con su desarrollo independiente, sin que ello afecte al desarrollo del primer ser humano que ha sufrido esta "separación" de una parte de sí. Es decir, el embrión está de por sí determinado a desarrollarse como un único individuo.

1.4. Para otros, el embrión no es ser personal hasta la implantación pues resaltan la importancia de esta vinculación entre embrión y la madre como condición necesaria para el desarrollo. En este sentido, la implantación sólo importa un cambio en el lugar donde se desarrolla el embrión sin que haya existido un cambio ontológico en el ser que está creciendo.

2. Totipotencialidad vs. individualidad: Otros señalan que la propiedad de "totipotenciales" que poseen las células embrionarias hasta el estadio de blastocito impide afirmar que el embrión sea ser humano individual. Ahora bien, la totipotencia no significa indeterminación sino una capacidad actual para luego seguir un programa determinado. Por ello, la totipotencialidad de las células del embrión no se opone a la individualidad, pues células totipotenciales son parte de un individuo sin destruir su individualidad¹⁰.

3. Hibridación vs. individualidad: Otra postura resalta que dado que existe la posibilidad de que dos células fecundadas en los primeros estadios de desarrollo se fundan dando origen a un único individuo, no se puede hablar de ser humano individual hasta la implantación. Ahora bien, este hecho confirma que cada uno de los cigotos se desarrollaba en forma autónoma y según un programa definido, pero la intervención de una causa externa provoca el fin de una existencia y la continuidad de otra. Ello no autoriza a decir que no había desde el inicio individualidad.

dell'embrione humano", Librería Editrice Vaticana, 1998, pag. 133.

7 Seguimos en la exposición de las objeciones a Angelo SERRA y Roberto COLOMBO, op. cit., p. 147 y ss..

8 SGRECCIA, Elio, op. cit., pag. 346.

9 op. cit. pag. 148.

10 Angelo SERRA y Roberto COLOMBO, op. cit. pag. 153.

4. Ausencia cerebral vs. individualidad: Finalmente, podemos reseñar la postura de quienes consideran que el embrión no es persona hasta la formación del sistema nervioso central (alrededor de la 8va. semana de gestación): "La vida humana puede ser vista como un espectro continuo entre el inicio de la vida cerebral en el útero (octava semana de gestación) y la muerte cerebral. De todos modos, pueden estar presentes tejidos y sistemas de órganos, pero sin la presencia de un cerebro humano funcional, éstos no pueden constituir un ser humano, por lo menos en sentido médico"¹¹. Como afirman SERRA y COLOMBO sin ninguna duda un cerebro funcionando tiene un rol esencial como "centro crítico de unidad" cuando el sujeto humano está formado. Pero la situación es totalmente diversa en el embrión. En verdad, durante el estadio embrional, hay una intensa relación entre células, tejidos y órganos que testimonia la unidad morfo-funcional¹². Por otra parte, el hecho de que el hombre sea "racional" no significa que pueda identificarse al ser humano con una de sus funciones, la cerebral. El embrión, aún cuando no se haya formado aún su sistema nervioso, es plenamente un ser humano.

5. La viabilidad: Hasta aquí hemos pasado revista a las posturas que niegan la personalidad del embrión durante parte de su desarrollo por considerar que no existe en ese período aún un ser humano "individual". Cabe agregar, por su indudable relevancia histórica, la postura de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Roe vs. Wade"¹³.

Ese fallo resulta importante pues, si bien afirma que "no se necesita resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida", establece una suerte de división en trimestres del desarrollo prenatal del ser humano a los fines de su protección. El final del primer trimestre de desarrollo marca el momento en que surge un "interés sustancial" (compelling) para que el Estado dicte medidas de limitación del aborto en orden a proteger la salud de la madre. Se afirma que "hasta el final del primer trimestre la mortalidad por aborto es menor que la mortalidad por parto normal". De esta manera, "durante el período de embarazo anterior a este punto obligatorio (compelling point), el profesional de la salud, en consulta con su paciente, es libre para determinar, sin ninguna regulación del Estado, que, en su juicio médico, se debe terminar con el embarazo de su paciente".

El otro momento en que el Estado tiene "interés sustancial" como para limitar el derecho a abortar es el momento de la viabilidad y ello por cuanto desde entonces "el feto presumiblemente tiene la capacidad de vida útil fuera del útero materno. Entonces, las regulaciones estatales protectoras de la vida fetal después de la viabilidad tienen justificación lógica y biológica. Si el Estado tiene interés en proteger la vida fetal después de la viabilidad puede incluso llegar a proscribir el aborto durante ese período, salvo cuando sea necesario para preservar la vida o salud de la madre".

Respecto a cuál es el momento en que el "feto" se vuelve "viable" el fallo es ambiguo. Por un lado afirma que "siempre ha tenido un fuerte apoyo la visión que dice que la vida no comienza sino hasta el nacimiento con vida". Luego dice que los médicos y sus colegas científicos se focalizan en la concepción, el nacimiento con vida o "un punto intermedio en el que el feto se vuelve 'viable', es decir, potencialmente apto para vivir fuera del útero materno". "La viabilidad se ubica usualmente en el séptimo mes (28 semanas), pero puede ocurrir antes, incluso a las 24 semanas".

Se advierte claramente cómo el fallo no se pronuncia sobre el estatuto jurídico del embrión. Se limita a verificar si puede sobrevivir y recién entonces le garantiza protección jurídica. Ello supone un error conceptual, pues el hombre merece el trato de persona sin importar si es "viable" o no. Desde el momento en que tenemos un nuevo "individuo" de la especie humano, debemos tratarlo como persona, máxime si es tan indefenso que no puede sobrevivir sin la ayuda de la madre. Además, supone una mirada sobre la vida humana como un recurso más, disponible mientras no pueda sobrevivir. Es la ley del más fuerte, que sólo protege al débil cuando puede valerse por sí mismo.

11 GOLDNING J.M., The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humaneness, citado por SGRECCIA, Elio, op. cit. p. 346.

12 op. cit. pag. 155-6.

13 410 US 113 (1973).

Hemos intentado presentar las distintas posturas y rebatir sus argumentos. En síntesis, creemos que desde el momento de la unión de óvulo y espermatozoide se constituye una nueva unidad que presenta propiedades que nos revelan la presencia de un ser humano personal:

Coordinación: el desarrollo embrionario, desde el momento de la fusión de los gametos es un proceso donde existe una secuencia e interacción coordinada de actividad molecular y celular que se compone de una cascada ininterrumpida de señales transmitidas de célula a célula¹⁴.

Continuidad: La última función del espermatozoide es fundirse con la membrana plasmática del ovocito. En el momento de la fusión deja de ser un espermatozoide y forma parte de una célula nueva, el cigoto¹⁵. Desde esa fusión, es siempre el mismo individuo humano que crece autónomamente según un plan rigurosamente definido.

Gradualidad: La forma final es alcanzada en forma gradual. Esta gradualidad exige una regulación que es intrínseca al embrión, que mantiene permanentemente su identidad, individualidad y unicidad, permaneciendo ininterrumpidamente idéntico individuo.

La conjunción de estos elementos permite afirmar que, desde el primer momento de la fecundación, nos encontramos ante un nuevo individuo de la especie humana que merece el tratamiento de persona.

3. Otros argumentos en favor de la legalización del aborto

La definición del momento en que comienza la existencia de la persona, a nuestro entender, zanja definitivamente la cuestión de la legalización del aborto. En efecto, si el individuo de la especie humana es persona desde su concepción, entonces desde ese momento merece el trato que corresponde a la dignidad de la persona y en especial merece que se respete el primero y fundamental de los derechos, el derecho a la vida, sobre el cual se asientan los demás derechos.

Por ello, la conducta humana que causa la muerte deliberada de una persona por nacer debe constituir un delito. Así ha sido históricamente, aún cuando en nuestro tiempo asistimos a una intensificación de las iniciativas legislativas tendientes a la despenalización y legalización del aborto.

Rara vez las propuestas de legalización del aborto abordan el problema del estatuto del embrión. Pareciera que quieren eludir el tema ante la palmaria evidencia que la biología y la genética nos han brindado en los últimos años. Es elocuente en tal sentido el testimonio del Dr. Bernard Nathanson, quien luego de muchos años en la "industria del aborto" se "convirtió a la vida", ante la contemplación de la realidad del niño por nacer en las primeras ecografías.

Veamos pues cuáles son los principales argumentos que se utilizan y procuremos responder a cada uno de ellos¹⁶:

a) Los derechos de la mujer:

Se trata de uno de los argumentos utilizados con mayor frecuencia y aparece promovido por corrientes feministas extremas que consideran que la mujer debe poder acceder a una plena igualdad con el hombre a través de la liberación del "yugo" que significa la maternidad. Las posibilidades abiertas por la anticoncepción en orden al dominio del hombre y la mujer sobre la procreación no serían completas si no se permitiera a la mujer decidir la "interrupción" de un embarazo. Ser madre sería uno de los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de la mujer.

En línea con esta argumentación se afirma que la mujer tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo y sobre la continuación o interrupción del embarazo. Evitando definir el embarazo, se lo identifica como una suerte de "estado" que afecta a la mujer y sobre el que ella puede decidir autónomamente.

14 cfr. SERRA y Colombo, op. cit. pag. 144

15 idem.

16 Ver nuestro artículo "Análisis integral de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable" en ED 201-770.

En esta postura se ubica el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos "Roe vs. Wade"¹⁷ e incluso afirma que el derecho de la madre a terminar con el embarazo es parte del derecho a la privacidad¹⁸. Sólo ante la existencia de un interés sustancial por parte del Estado se pueden poner limitaciones a ese derecho, como lo son las leyes que penalizan al aborto¹⁹.

En nuestro país, en el proyecto de la Dip. Stolbizer²⁰ se afirma: "El Estado Nacional Argentino reconoce el derecho humano de la mujer a la interrupción de su embarazo en los casos permitidos por la ley". Por su parte, la Dip. Lubertino²¹ propone dictar una ley estableciendo que: "Toda mujer tiene derecho a decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional, en las condiciones que establece la presente ley".

En realidad, el acto de abortar importa la muerte de la persona por nacer, que es una persona independiente de la madre, sobre quien ella no puede decidir. El aborto no es un acto médico más ni el niño es una parte de la mujer. Por otra parte, el derecho a la vida prima sobre el derecho a la salud de la madre.

b) La salud materna como política de Estado

Continuando con la argumentación relacionada con la mujer, algunos proyectos ponen el énfasis en la realidad de la muerte materna. Así, alegan que son tantas las muertes maternas que se producen por la realización en malas condiciones higiénicas de abortos, que la legalización del aborto es una política sanitaria indispensable para garantizar la salud de las mujeres.

Las estadísticas oficiales indican que durante el año 2000 las muertes maternas fueron 245 sobre un total de 701.878 nacidos vivos. Así, la tasa de mortalidad materna fue de 3,5 muertes cada 10.000 nacimientos de niños vivos. Dentro de estas 245 muertes maternas en todo el país, las que responden a abortos fueron 72²².

La Academia Nacional de Medicina refuta este argumento en una declaración emitida el 28 de julio de 1994: "También se utiliza para promover el aborto legalizado, la mayor morbimortalidad materna del aborto clandestino. Se debe puntualizar que, si bien la morbimortalidad materna es mayor en estos últimos, no es exclusivo de ellos, pues el daño es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo"²³.

Es claro, entonces, que el aborto procurado siempre causa un daño en la salud de la madre y su legalización no resulta en una mejora sanitaria. Al contrario, su legalización brinda una falsa apariencia de "sanidad" a una acción manifiestamente contraria a la vida, que quita la vida a un ser humano inocente y trae profundas consecuencias en la mujer.

c) La brecha entre ricos y pobres

Un tercer argumento se relaciona con las posibilidades de acceso al aborto por parte de las personas de mayores recursos, quienes supuestamente pueden "pagar" servicios clandestinos pero seguros, mientras que las mujeres pobres se ven "forzadas" a realizarse el aborto en condiciones precarias que ponen en riesgo su salud.

La argumentación no resiste el menor análisis, desde el momento que no enfrenta la cuestión central referida a la justicia o injusticia del aborto en sí mismo. La circunstancia de la condición social de quién realiza el

17 410 US 113 (1973).

18 "El derecho a la privacidad... es suficientemente amplio para comprender la decisión de una mujer de terminar o no con el embarazo" (del voto del Ministro Blackmun).

19 "El Estado puede tener importantes intereses en salvaguardar la salud, en mantener los estándares médicos y en proteger la vida potencial. En un punto del embarazo, estos intereses se vuelven suficientemente vinculantes [compelling] para sostener una regulación de los factores que gobiernan la decisión de abortar" (del voto de Blackmun).

20 Expte. 1479-D-2003.

21 Expt. 5950-D-2003.

22 ver www.msal.gov.ar

23 Boletín de la Academia Nacional de Medicina, vol. 72, 2º semestre 1994, pag. 450.

aborto es indiferente para la consideración jurídica de la conducta como contraria al valor de la persona.

d) La "neutralidad moral" del Estado

Algunos sostienen que la penalización del aborto importa una violación del principio de "neutralidad moral" del Estado, en tanto consideran que la incriminación del aborto tiene fundamentos en motivos religiosos.

Es evidente la falsedad de la argumentación. En efecto, como hemos visto, la consideración del aborto como delito obedece a la necesidad de otorgar protección jurídica al bien de la vida humana. Ello ha sido así desde siempre y en las más diversas culturas. Por otra parte, el reconocimiento de la dignidad y derechos de la persona por nacer es algo que surge de la mera contemplación de la realidad con la fuerza y la luz de la razón.

Es cierto que las personas cristianas poseen un firme compromiso en el respeto del valor de la vida. Pero ello no significa que estén imponiendo convicciones religiosas sino que la fe les mueve a defender en la sociedad un valor humana.

Si no fuere así, entonces también tendríamos que haber objetado a los grandes luchadores por los derechos del trabajador, que fundaron círculos de obreros y otras iniciativas y que dieron origen a muchas leyes. Ellos habrían actuado, según esta forma de pensar, imponiendo al resto la visión "particular" del cristianismo. Es evidente que no ha sido así.

e) El carácter relativo del derecho a la vida

Otra línea argumental sostiene que "el derecho constitucional a la vida, en general, desde el momento de la concepción, implica que el Estado debe protección y amparo desde el inicio de la vida misma. Pero no implica que deba penalizar siempre el aborto, ya que no hay una prevalencia apriorística de este derecho respecto de los demás derechos fundamentales con los que puede colisionar"²⁴.

Ante todo subyace en esta tesis una visión sobre la vida humana que quita "peso ontológico" a la persona y que convierte al "valor-vida" en un interés más al momento de buscar un equilibrio entre intereses. De esta manera, la vida es un recurso disponible según el cálculo "costo-beneficio".

Resulta llamativa esta tesis, además, desde el momento que no se vislumbra qué justificación o interés puede resultar de mayor "peso" que la vida misma. Quitar la vida a una persona no tiene retorno y ello no puede ser desconocido. La salud de la madre, la tranquilidad económica de una familia, las posibilidades de acceso al empleo de una mujer, entre otras razones, pueden encontrar remedios alternativos, mientras que la vida no puede ser devuelta al por nacer. El derecho a la vida es el sustento de los demás derechos. Sin derecho a la vida no se puede ejercer ningún otro derecho. De allí se desprende su carácter de inviolable e indisponible.

Cuando la vida se convierte en un recurso, la sociedad pierde parámetros objetivos, ya no garantiza la igualdad fundamental de todos y la convivencia queda sometida a la regla del más fuerte.

f) La motivación eugenésica.

Una última razón que se esgrime para justificar el aborto se relaciona con la pretensión de evitar, a cualquier costo, el nacimiento de una persona que no tenga una razonable expectativa de poder disfrutar de una "adecuada calidad de vida". De este modo, si se detecta una anomalía en la persona por nacer, el ordenamiento jurídico tiene que brindar herramientas para que los padres puedan interrumpir cuánto antes una vida que, de otro modo, estaría "condenada" a una vida supuestamente "indigna".

Es la vuelta del viejo argumento de la viabilidad, expresamente rechazado por el Dr. Vélez Sarsfield en el Código Civil Argentino (art. 72). Las motivaciones son múltiples, destacándose la difusión del diagnóstico prenatal en alianza con una mentalidad que tiende a rechazar al débil y a negar el sufrimiento.

Resulta llamativo que, luego del extraordinario avance que se ha verificado en las declaraciones de derechos humanos y en las políticas públicas dirigidas a las personas con necesidades especiales, los proyectos legislativos de despenalización del aborto quieran volver a introducir políticas eugenésicas que alientan a la eliminación de los más débiles.

24 MAFFIA, DIANA, Despenalizar es un acto de justicia, Clarín, 11-2-2004.

En lugar de defender a la persona “sin distinción de cualidades o accidentes” (art. 51 del Código Civil), los proyectos quieren dejar lugar sólo a los que son “perfectos” y resultan “útiles” para el mercado. La ley de Anencefalia aprobada durante el año 2003 en la Ciudad de Buenos Aires es un triste ejemplo de esta mentalidad.

4. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos pasado revista a los principales argumentos en favor de la despenalización del aborto. Se advierte su inconsistencia, así como la falta de un diálogo serio, honesto y veraz sobre el tema de fondo: la persona humana, el comienzo de su existencia y su acogida.

Lamentablemente estas campañas en favor de una despenalización del aborto hacen mucho daño al tejido social, pues favorecen actitudes de rechazo, marginación y exclusión de los seres más indefensos, las personas por nacer.

Urge pues el compromiso de defender la vida, en tiempos en que está siendo vulnerada bajo apariencia de legalidad. Compromiso que tiene que ser serio, con competencia profesional y científica, con espíritu de diálogo, con vocación de comunión, con la fuerza de la Verdad.

I.7. Aborto y mortalidad materna

Introducción al tema

En los últimos años se ha escuchado decir repetidas veces que la legalización del aborto significaría una drástica reducción de las tasas de mortalidad materna. Se ha argüido que la ausencia del aborto legal determina que el mismo se practique en situaciones sanitarias inseguras para la mujer y que este hecho incrementa la mortalidad materna en una proporción alarmante. La solución que se propone para este “aborto inseguro” es, precisamente, la legalización.

El “aborto inseguro” (“unsafe abortion”) es definido en la Plataforma de Acción de Beijing como “el procedimiento para finalizar un embarazo no deseado llevado a cabo, ya sea por personas carentes de la necesaria habilidad o en un ambiente carente de los requisitos médico-sanitarios mínimos, o ambos casos conjuntamente”¹.

Se afirma que algunas conclusiones de Conferencias Internacionales a las que los representantes argentinos adhirieron significaron un compromiso internacional para nuestro país en orden a tomar medidas para evitar el “aborto inseguro” como causal de mortalidad materna y que ello se lograría a través de la despenalización o legalización del aborto. En este breve artículo analizaremos el tema desde las estadísticas de la misma Organización Mundial de la Salud a fin de procurar demostrar la inconsistencia de los argumentos. Ello sin perjuicio de aclarar que esas conclusiones de Conferencias Internacionales no obligan internacionalmente a los Estados a despenalizar el aborto, ni comprometen su responsabilidad internacional.

Los datos de la Organización Mundial de la Salud

A la hora de recabar datos oficiales sobre el tema a

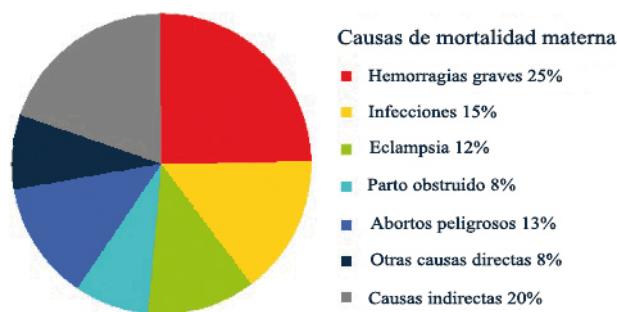
¹Plataforma de acción de Beijing, 92.5: “Unsafe abortion is defined as a procedure for terminating an unwanted pregnancy either by persons lacking the necessary skills or in an environment lacking the minimal medical standards or both” (based on World Health Organization, The Prevention and Management of Unsafe Abortion, Report of a Technical Working Group, Geneva, April 1992 (WHO/MSM/92.5))

María Inés Franck

Licenciada en Ciencias Políticas,
Profesora Titular del Instituto
de Ciencias Políticas y Relaciones
Internacionales de la UCA.

nivel internacional, elegimos hacerlo en las investigaciones y estadísticas proporcionadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Efectivamente, la OMS afirma en su informe anual sobre el estado de la salud en el mundo que "cada día 1500 mujeres mueren por complicaciones relacionadas con el embarazo y el parto. En 2005, las muertes maternas estimadas en todo el mundo alcanzaron los 536.000 casos. El mejoramiento de la salud materna es uno de los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio señalados por la comunidad internacional en la Cumbre del Milenio de la ONU, en el año 2000. En el Objetivo del Milenio 5 (MDG5), los países se comprometieron a reducir la tasa de mortalidad materna en una proporción de tres cuartos entre 1990 y 2015. Sin embargo, entre 1990 y 2005 la tasa de mortalidad materna se redujo sólo un 5% (...).² Pero ese mismo informe de la OMS afirma que "las cuatro causas principales de esta mortalidad son: el sangrado severo (principalmente después del parto), las infecciones, los desórdenes hipertensos durante el embarazo (eclampsia) y las obstrucciones en el parto".³ Según su importancia, estas causas son ordenadas por la OMS de la siguiente manera:



Fuente: Informe sobre la salud en el mundo 2005 - OMS

Así, las complicaciones originadas en la práctica del aborto representan sólo el 13% de las causas de mortalidad materna, según la estadística de la OMS. Esto significa que una seria política encaminada a reducir las cifras de mortalidad materna, debería atacar principalmente las cuatro causas más importantes y representativas, y no focalizarse sólo en la legalización del aborto, como aparentemente ocurre.

Entonces, como hemos visto, el aborto no constituye la causa principal de la mortalidad materna en el mundo y se ubica en el quinto lugar en las estadísticas de la OMS.

Y esto está corroborado por el hecho de que, a pesar de haberse generado un pretendido derecho al aborto en algunos países, este hecho no significó una reducción de la mortalidad materna. En efecto, ésta continuó

2 Cfr. http://www.who.int/making_pregnancy_safer/events/2008/mdg5/factsheet_maternal_mortality.pdf: "Every day, 1500 women die from pregnancy- or childbirth-related complications. In 2005, there were an estimated 536 000 maternal deaths worldwide (...)" (1) Improving maternal health is one of the eight Millennium Development Goals adopted by the international community at the United Nations Millennium Summit in 2000. In Millennium Development Goal 5 (MDG5), countries have committed to reducing the maternal mortality ratio by three quarters between 1990 and 2015. However, between 1990 and 2005 the maternal mortality ratio declined by only 5%. Achieving Millennium Development Goal 5 requires accelerating progress".

3 Cfr. http://www.who.int/making_pregnancy_safer/events/2008/mdg5/factsheet_maternal_mortality.pdf: "Why do mothers die? Women die from a wide range of complications in pregnancy, childbirth or the postpartum period. Most of these complications develop because of their pregnant status and some because pregnancy aggravated an existing disease. The four major killers are: severe bleeding (mostly bleeding postpartum), infections (also mostly soon after delivery), hypertensive disorders in pregnancy (eclampsia) and obstructed labour. Complications after unsafe abortion cause 13% of maternal deaths. Globally, about 80% of maternal deaths are due to these causes. Among the indirect causes (20%) of maternal death are diseases that complicate pregnancy or are aggravated by pregnancy, such as malaria, anaemia and HIV.(2) Women also die because of poor health at conception and a lack of adequate care".

umentando en muchos de estos países, lo cual nos lleva a la conclusión evidente de que la práctica legal del aborto no implica un factor de reducción de la mortalidad materna.

El tratamiento del tema en los fundamentos de los proyectos de ley

Luego de los datos anteriormente citados, comprobables en publicaciones de la Organización de las Naciones Unidas accesibles públicamente, llama la atención que algunos de los proyectos de ley sobre despenalización del aborto vigentes actualmente, presenten el argumento de la mortalidad materna para justificar la flexibilización de la legislación argentina protectora de la persona por nacer.

Así, el proyecto de ley sobre despenalización del aborto de los senadores Corregido, Martínez, Díaz, Quintela, Parrilli, Corradi de Beltrán⁴, afirma que “el aborto representa un problema de salud pública, siendo la primer causa de muerte materna en nuestro país”. Ahora bien, según la OMS, las muertes maternas en la Argentina fueron 530 en 2005⁵. Los datos publicados por el Ministerio de Salud nos hablan de alrededor de 80 muertes anuales atribuibles a complicaciones provenientes de la realización de abortos. La proporción es equiparable a la que se da en todo el mundo: alrededor del 14% (la OMS nos habla de un 13% de las muertes maternas debidas a las complicaciones del aborto). Salta a la vista una cierta desproporción entre las estadísticas oficiales y los datos esgrimidos en el mencionado proyecto de ley. Lo mismo cabe decir del proyecto presentado por la diputada Juliana Di Tullio⁶, cuando sostiene en sus fundamentos que “este tipo de interrupción del embarazo es la principal causa de mortalidad materna”; o del proyecto firmado por los diputados Sabbatella, Ibarra, Heller, Basteiro y Rivas⁷, el cual afirma que “en cuanto a lo que ocurre en nuestro país, las complicaciones del aborto constituyen una de las principales causas de muerte materna, siendo el 25% del total”.

El proyecto de ley de Diana Conti sobre modificaciones del artículo 86 del Código Penal, sobre despenalización del aborto⁸, sostiene en sus fundamentos que, en América Latina “el lugar que el aborto ocupa entre las causas de muerte varía en los distintos países. Teniendo en cuenta esta variación es posible estimar que ocurren entre 83 y 250 muertes por cada 100.000 abortos. En promedio, en los países donde el aborto es legal, la cifra es de 0,6 por cada 100.000 interrupciones del embarazo (Organización Mundial de la Salud, 1998). En cuanto a lo que ocurre en nuestro país, las complicaciones del aborto constituyen la primera causa de muerte materna, pues representan poco más de 1/3 del total”.

Además de lo antiguo de la estadística citada en este párrafo (1998), vemos también que lo afirmado por esta diputada no concuerda con estadísticas oficiales actuales de la Organización Mundial de la Salud ni del Ministerio de Salud de la Nación.

Al respecto, dos comentarios sobre los fundamentos de los proyectos de ley. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el procedimiento de aborto siempre conlleva un riesgo de salud para la mujer, como lo explica la Academia Nacional de Medicina: “También se utiliza para promover el aborto legalizado, la mayor morbimortalidad materna del aborto clandestino. Se debe puntualizar que, si bien la morbimortalidad materna es mayor en estos últimos, no es exclusivo de ellos, pues el daño es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo”⁹.

Por otra parte, el denominado “aborto inseguro” es en realidad la eliminación deliberada de un niño por nacer y, por tanto, es siempre una conducta injusta y reprochable jurídicamente. El hecho de que tal “eliminación” del niño por nacer se realice en forma “insegura”, no debe conducir a “asegurar” las formas de dar muerte al niño concebido, sino, por el contrario, a poner todos los medios para favorecer la acogida y recepción de cada vida humana.

4 Expediente número 0397-S-2010

5 OMS, UNICEF, UNFPA y Banco Mundial; “Mortalidad materna en 2005. Estimaciones elaboradas por la OMS, el UNICEF, el UNFPA y el Banco Mundial

6 Expediente número 0515-D-2010

7 Expediente número 0659-D-2010

8 Expediente número 0057-D-2010

9 Boletín de la Academia Nacional de Medicina, vol. 72, 2º semestre 1994, pag. 450.

Algunos casos significativos

El ya mencionado expediente 0659-D-2010 (Sabbatella, Ibarra, Heller, Basteiro y Rivas) sostiene también en sus fundamentos que “hay evidencia irrefutable a nivel internacional que ejemplifica que la despenalización y regulación del acceso aborto ha sido un avance en tanto ha significado la fuerte reducción de las muertes maternas”.

En este sentido, es interesante analizar algunos casos específicos que nos permiten comprobar científicamente la hipótesis de este artículo, es decir, la de que la legalización del aborto no constituye un factor en la reducción de la mortalidad materna.

Sudáfrica, país en que desde el año 1996 es legal la práctica del aborto¹⁰, ha visto incrementada la tasa de mortalidad materna desde el año 2000. En ese año, la tasa fue de 230 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos¹¹; en el año 2005, la tasa trepa a la cifra de 400 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos¹². La meta del milenio 2015 para Sudáfrica es de 72.5.

En Francia¹³ e Italia¹⁴, países que han visto legalizado el aborto en 1979 y 1978 respectivamente, la reducción más drástica de la mortalidad materna se ha comprobado recién a partir del año 2000. En ese año, dicho indicador descendió de 15 muertes maternas cada 100.000 nacidos vivos para Francia en el año 1990, a solamente 8. En el caso de Italia, la tasa descendió de 12 en 1990 a 4 en el 2000. Es interesante observar que esta reducción se dio mucho después de la legalización del aborto y, desde el 2000 en adelante, no se ha producido una reducción significativa de la misma, es más, Francia ha vuelto a trepar en el 2008 a 8 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos.

Otro país cuyo análisis reviste interés en este caso es Turquía. A pesar de la legalización del aborto desde 1983, entre el año 2005 y el 2008 la tasa de mortalidad materna sufrió un drástico incremento de 44 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos a 58¹⁵.

10 Cfr. Ley 92, de 1996: “las circunstancias y la condiciones por las cuales un embarazo puede ser terminado son: (a) por requerimiento de la mujer durante las primeras doce semanas del periodo de gestación de su embarazo; (b) desde la semana 13 hasta la semana 20 (inclusive) del periodo de gestación si un médico diplomado, después de haber consultado con la mujer embarazada, es de la opinión de que (i) la continuación del embarazo significaría un riesgo para la salud física o mental de la mujer; or (ii) si existe un riesgo sustantivo de que el feto pueda padecer una severa anomalía física o mental; o (iii) si el embarazo es el resultado de una violación o incesto; o (iv) si la continuación del embarazo afectara significativamente la circunstancia sociales o económicas de la mujer; o (c) después de la semana 20 del periodo de la gestación si un medico diplomado, después de haber consultado con otro médico diplomado o partero, es de la opinión de que la continuación del embarazo: (i) significaría un peligro para la vida de la mujer; (ii) resultaría en una severa malformación del feto; o (iii) implicaría un riesgo de daño para el feto”.

11 <http://www.reliefweb.int/library/documents/2003/who-saf-22oct.pdf>

12 Según Organización Mundial de la Salud; “Estadísticas sanitarias mundiales 2010”.

13 En Francia rige la ley N° 79-1204, de 1979: “antes de la semana 10 del embarazo, una mujer embarazada cuyo estado la pone en una situación de angustia, puede hacer una petición a un médico para la terminación de su embarazo. Después de la semana 10 y en cualquier etapa de la gestación, se puede realizar el aborto si dos médicos certifican que la continuación del embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer o que existe una fuerte posibilidad de que el feto padece una grave enfermedad o condición en particular, considerado como incurable en el momento del diagnóstico”.

14 En Italia rige la ley 194 del año 1978: “Dentro de los primeros 90 días se permite la interrupción voluntaria del embarazo a la mujer que denuncie circunstancias por las cuales la prosecución del embarazo, el parto o la maternidad comportaran un serio peligro para su salud física o psíquica, en relación a su estado de salud o a sus condiciones económicas, sociales o familiares, o a las circunstancias en las cuales ha ocurrido la concepción, o a las previsiones de anomalías o malformaciones del concebido. Luego de los primeros 90 días se permite el aborto cuando el embarazo o el parto comporten un grave peligro para la vida de la mujer, y cuando se hayan descubierto procesos patológicos, como aquellos relativos a relevantes anomalías o malformaciones del concebido, que signifiquen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer”.

15 En Turquía rige la ley 2827 de Planificación de Población, de 1983: el aborto se puede realizar a petición de la mujer embarazada dentro de las 10 semanas de embarazo. A partir de entonces, el aborto es permitido para salvar la vida o preservar la salud de la mujer y en casos de malformación fetal.

Veamos los casos en que el aborto está prohibido o restringido, como, por ejemplo, Polonia, país que desde 1993 prohibió la práctica del aborto. Desde 1990, en ese país las tasas de mortalidad materna vienen disminuyendo significativamente: en 1990, la tasa fue de 19 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos; en el 2000 la tasa había caído a 9, en el 2005 a 8 y en el 2008 a 7.4¹⁶. Irlanda y Chile presentan procesos semejantes.

Conclusión

El análisis de las estadísticas emanadas de la propia Organización Mundial de la Salud desvirtúa el argumento de la necesidad de legalizar el aborto para reducir la mortalidad materna. Ante estas pruebas de que la legalización del aborto no tiene que ver con la reducción de la mortalidad materna, sólo nos resta pensar que la motivación de fondo es ideológica. Así, la ideología del género, que desde la década del setenta se impone en las reuniones internacionales, pretende además mostrarse como una doctrina científica, apoyada en datos verdaderos. Esta pretensión debe ser desenmascarada –como en el caso de la mortalidad materna-, y puesta al descubierto su verdadera esencia ideológica, sin sustento en la realidad. Las estadísticas oficiales de los Estados y de la Organización Mundial de la Salud (ONU) dan prueba de ello.

Cada muerte produce conmoción y nos compromete a procurar todas las medidas para su prevención. Pero en el caso de las complicaciones por los abortos clandestinos, no es la legalización el camino para la prevención. Al contrario, son necesarias medidas de apoyo a la maternidad, especialmente en el campo concreto de la atención de salud durante el embarazo para prevenir toda mortalidad materna y generar un clima favorable a cada vida humana.

16 Según Organización Mundial de la Salud; "Estadísticas sanitarias mundiales 2010".

Parte II

Análisis legal: El derecho a la vida del niño por nacer en el sistema jurídico argentino

Úrsula C. Basset

Doctora en Ciencias Jurídicas - Profesora Protitular con Dedicación especial a la Investigación en Derecho de Familia. Miembro del Instituto de Bioética de la Acad. Nac. de Cs. Morales y Políticas.

Ricardo Bach de Chazal

Abogado. Docente en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica Argentina y de la Universidad del Salvador.

Parte II - Presentación

Úrsula C. Basset - Ricardo Bach de Chazal

Todo sistema de protección de los derechos humanos descansa sobre un postulado fundamental, según el cual cada hombre, por su sola condición de tal, resulta titular de ciertos derechos primordiales, que, más allá de su pertenencia a una determinada comunidad o grupo social, o su adscripción a un determinado ordenamiento jurídico positivo, deben ser estrictamente respetados tanto por sus semejantes, como por el medio social del cual aquél participe. Son derechos erga omnes cuyo fundamento radica en el carácter universal y trascendente de la naturaleza humana y que, por ello, resultan anteriores y superiores a cualesquier ordenación jurídica positiva, sea ésta del orden que fuere (local, nacional o internacional).

A este orden de derechos fundamentales del hombre, pertenece el derecho a la vida; derecho de carácter primordial, que no se circunscribe a la mera subsistencia, sino que es referido a la existencia propiamente humana, y que significa el derecho a mantener y desarrollar nuestra existencia y nuestro ser de hombres, como medio básico para el cumplimiento de nuestra finalidad¹.

De allí que su reconocimiento y efectiva tutela resulte imperativo para el legislador humano en orden a la realización del Bien Común, que es -o debe ser- la causa final de su obrar, en virtud de lo cual y conforme a lo más arriba expuesto, constituye una exigencia ineludible para el Estado, y, por cierto, para la comunidad internacional toda, el arbitrar todos los medios necesarios en orden a consignarlo, sancionarlo y garantizarlo adecuadamente².

Por otra parte, resulta evidente que sin vida no hay libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que, en consecuencia, le reconoce al individuo la ley positiva³.

En esa inteligencia, fácil es comprender el porqué de la indispensable protección que el ordenamiento jurídico, en sus múltiples manifestaciones, debe brindar a la vida humana como derecho fundamental primario, puesto que, como queda en evidencia, sin él todos los demás derechos pierden su apoyatura más elemental, viniendo a resultar palabras vacías de contenido.

Consecuentemente, resulta un deber irrenunciable de todo Estado -por exigirlo la efectiva tutela de dicho derecho- la prohibición y castigo de todo acto que, de alguna manera, implique la privación del derecho a la vida o supresión de una persona inocente, puesto que ello siempre será una muerte inferida injustamente, y, por ende, claramente lesiva tanto de un bien de carácter individual, como del mismo Bien Común.

Correlativamente, el sistema internacional de protección de los derechos humanos, sea universal o regional, debe privilegiar la tutela de la inviolabilidad de este derecho elemental, extremando las medidas conducentes a ese propósito que, a no dudarlo, es la razón misma de su existencia.

Partiendo de esas premisas, en las páginas que siguen habremos de ocuparnos, con particular referencia a las personas por nacer, del modo en el cual ese derecho se encuentra tutelado en las normas que conforman el bloque de constitucionalidad argentino, conformado por la propia Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, a los cuales se confirió jerarquía constitucional en 1994.

Integración de las normas de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional con relación al derecho a la vida de las personas por nacer.

Al respecto, los tratados de derechos humanos consignados por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional han sido incorporados como complementarios con los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución, debiendo realizarse la integración de sus reglas con las de las normas constitucionales preexistentes, de modo que resulte un conjunto armónico y coherente de

1 Corst Grau, José, "Curso de Derecho Natural", Quinta Edición, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 316.

2 Corst Grau, José op. cit., p. 315.

3 Badeni, Gregorio "El Derecho Constitucional a la Vida", en AA VV "El Derecho a Nacer", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

disposiciones, que conlleve el reconocimiento más pleno y perfecto de los derechos fundamentales a los que se refieren, por exigirlo así el principio pro homine, a la luz del cual debe aplicarse siempre la norma más amplia y estarse a la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer o consagrar un derecho, en el caso, el derecho a la vida.

En lo específicamente atinente al principio que determina la defensa y reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción, entendemos que ello puede sintetizarse de la siguiente manera:

Todo miembro de la familia humana (ser humano, individuo, persona) tiene derecho a la vida, del que no puede ser privado arbitrariamente (artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que le es inherente (artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) desde el momento de su concepción (artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como a que se respete su integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

El niño, como ser humano, es persona desde el momento de su concepción (artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1° Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 2° de la Ley 23.849), tiene derecho a la vida (artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño) que le es inherente (artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), al respeto de su integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como a protección, cuidado y ayuda especiales (artículo 7° Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño), debiendo garantizarse en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo (artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y salud física y mental (artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), así como considerarse de modo primordial su interés superior en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Ningún niño puede ser sometido a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ni a la pena capital (artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño). El niño mental y físicamente impedido tiene derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones acordes con su dignidad humana (artículo 23 de la Convención sobre Derechos del Niño).

Todo ello resulta plenamente aplicable a las personas por nacer, en estrictas condiciones de igualdad y sin distinción o discriminación alguna, independientemente de su raza, color, sexo, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (artículos 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Así pues, la integración armónica de los textos permite afirmar, sin el menor resquicio de duda, que la inviolabilidad del derecho a la vida de las personas por nacer desde el momento de su concepción y en absoluta paridad con las personas ya nacidas, ha sido consagrado en forma plena por los instrumentos internacionales analizados que integran el bloque de constitucionalidad, debiendo –por ende– ser estrictamente observados, en toda su extensión, por todos y cada uno de los poderes constituidos (ejecutivo, legislativo y judicial) en todos y cada uno de los ámbitos de su competencia.

II.1. El texto de la Constitución Nacional y el derecho a la vida

Los derechos que la Constitución Nacional consagra en sus artículos 14, 16, 17, 18, 20, 33 y demás comprendidos en el capítulo de las Declaraciones, Derechos y Garantías del texto constitucional, serían impensables si no se encontrase garantizado aquél primer derecho fundamental a la existencia que, en distintas composiciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado como anterior e incluso superior a toda legislación positiva, y que la propia Ley Fundamental, en su artículo 29, menciona entre aquéllos que no pueden ser puestos a merced de gobiernos o persona alguna, fulminándose con la sanción de nulidad todo acto por el que se otorguen sumisiones o supremacías que conllevaran ese efecto.

Es así que puede decirse que el ordenamiento jurídico argentino ha reconocido, desde siempre y en condiciones de igualdad, la intangibilidad de la vida de los seres humanos inocentes, por tratarse de un derecho supra constitucional e indisponible por parte de los poderes constituidos.

En cuanto al punto de partida de esa protección, aunque los constituyentes de 1853/1860 no efectuaron definición alguna en la Ley Fundamental, la lógica más elemental conduce a sostener que el mismo no puede ser otro del momento inicial de la existencia de los seres humanos, que las ciencias médicas ubican en el instante en el cual se unen los gametos masculino y femenino y que denominamos "concepción"¹.

Ello así, y puesto que la Constitución consagra la igualdad ante la ley de todos los habitantes de la Nación (artículo 16 C.N.), resulta inconstitucional toda norma que pretenda autorizar o dejar de castigar supuesto alguno de aborto, pues hacerlo importa el establecimiento de categorías arbitrarias entre los seres humanos nacidos y los concebidos, pero por

¹ Precisamente, uno de esos constituyentes, Dalmacio Vélez Sársfield, que participara de la Convención de 1860, dejó reconocido en el Código Civil que el punto inicial de la existencia de los seres humanos es el momento de la concepción, denominado "personas por nacer" a las que "no habiendo nacido están concebidas" (artículos 63 y 70).

El bloque de constitucionalidad argentino, conformado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional consagran la inviolabilidad de la vida humana inocente, desde el momento de la concepción (doctrina de Fallos 324:5 y 330:2304).

nacer, y, aún entre estos últimos, importando una normativa tal tanto como seleccionar a cuáles seres humanos proteger y a cuáles no, privándolos de su primordial derecho a vivir.

Por lo demás, temperamentos semejantes importarían tanto como instituir sumisiones o supremacías por las que la vida de una determinada porción de los habitantes de la Nación vendría a quedar a merced de las personas que decidieran o llevaran a cabo las prácticas causantes de su muerte, lo cual se halla sancionado constitucionalmente con la nulidad absoluta e insanable (artículo 29 C.N.).

A partir de la Reforma Constitucional de 1994, la norma expresa del artículo 75, inciso 23 del nuevo texto constitucional, en cuanto encomienda al Congreso de la Nación legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos “en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”, así como el dictado de “un régimen de seguridad social especial e integral del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de la enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Evidentemente, para el niño por nacer el pleno goce y ejercicio del derecho a la vida que consagran los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos solo puede garantizarse impidiéndose que se lo mate mediante el recurso al aborto. Por otra parte, la protección integral del niño en situación de desamparo durante el período del embarazo incluye –necesariamente– la prohibición de las prácticas abortivas, puesto que el asesinato de la persona por nacer resulta de la máxima situación de desamparo posible: la voluntad o el desinterés de sus progenitores, y el punto de partida del embarazo no es otro que la concepción.

Al mismo tiempo, al haberse asignado jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a distintos tratados internacionales de derechos humanos que consagran el derecho a la vida de todos los seres humanos y que reconocen la existencia de las personas desde el momento de la concepción, se ha hecho más explícito en nuestro ordenamiento jurídico que la defensa y protección integral de las personas por nacer desde aquél primer instante, constituye un mandato imperativo e ineludible que no puede ser soslayado por ninguna autoridad de la República, cualquiera sea el poder (legislativo, ejecutivo o judicial) o la jurisdicción (nacional o provincial) al que aquélla pertenezca.

Como es sabido, aquellos tratados de derechos humanos deben siempre ser interpretados en conformidad con el principio pro homine, a la luz del cual debe aplicarse siempre la norma más amplia y estarse a la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer o consagrar un derecho²; lo cual es particularmente importante con relación al derecho a la vida, puesto que, en conformidad con el principio enunciado y ante cualquier hipotético conflicto, debe aplicarse siempre la norma y la interpretación más favorable a su tutela.

2 vid. AA.VV. “Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales”, Astrea, Buenos Aires, 1996, página 40. También la CSJN se ha referido a este principio como informante de todo el derecho de los derechos humanos (P. 709. XXXVI “Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, Considerando 11º)

II.2. El derecho a la vida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Este instrumento -aprobado el 2 de mayo de 1948, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia- constituye en materia de derechos humanos una fuente innegable de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA, desde que es allí donde se determina cuáles son los derechos humanos a los que se refiere la Carta de la Organización. Además de ello, y como la propia Declaración lo indica en el párrafo cuarto de sus "considerandos", por haber establecido "el sistema inicial de protección" que los Estados americanos consideraron adecuado a las circunstancias sociales y jurídicas de ese momento.

Adentrándonos en su texto, advertimos que se señala como finalidad principal "la protección de los derechos esenciales del hombre" que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, reconociéndose que este sistema inicial de protección deberá ser fortalecido cada vez más en el campo internacional, a medida que las circunstancias vayan siendo más propicias.

En lo que respecta al objeto del presente trabajo, resultan dignas de análisis dentro del articulado de la Declaración, las siguientes disposiciones:

"Artículo 1: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

"Artículo 2: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

"Artículo 7: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales".

"Artículo 17: Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".

Con respecto al texto del artículo 1º, en el que se consagra el derecho a la vida de todo ser humano (lo

Por medio del aborto se da muerte a un ser humano no nacido, inocente e indefenso.

que incluye a las personas por nacer), cabe aclarar que el mismo había sido proyectado por el Comité Jurídico Interamericano en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; así como también a los incurables, imbeciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes preexistentes por delitos de extrema gravedad”¹.

Tratado en la Comisión Sexta de la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, el texto fue modificado, quedando definitivamente redactado tal como lo conocemos en la actualidad y hemos transcritos párrafos más arriba.

De esta modificación redaccional se ha pretendido extraer –equivocada o intencionadamente– que la Declaración no ampararía el derecho a la vida de las personas por nacer, debido a la supresión de la frase que expresamente aludía al reconocimiento de ese derecho “desde el momento de la concepción”.

Sin embargo, no se desprende ello de la nueva redacción, ni parece haber sido esa la intención de los redactores, dado que de aceptar este razonamiento, tendríamos que concluir, por paridad de argumento, que la Declaración tampoco ampararía el derecho a la vida de los “incurables, imbeciles y dementes”, cuya mención también fue eliminada, lo que no resultaría admisible, ni compatible con los propósitos manifiestamente expresados en la Declaración.

En rigor de verdad, los únicos motivos puestos de manifiesto con relación al cambio en la redacción definitiva de la norma, fueron los expresados en el informe del Sr. Guy Pérez Cisneros, Relator del Grupo de Trabajo sobre Derechos del Hombre, quien explica la supresión de la segunda parte de todos los artículos propuestos por el Comité Jurídico Interamericano (y no solamente la del 1º), expresando que:

“En el proyecto del Comité Jurídico de Río, cada artículo encierra una segunda parte que se refiere, de modo detallado y casi exhaustivo, a los deberes que tiene el Estado para garantizar la efectividad de los derechos del hombre definidos en la primera parte. El Grupo de Trabajo optó por no incluir, en el texto que preparó, dichos deberes, considerando por una parte que lo apartarían de su mandato y por otra que le restaría fuerza de expresión y claridad a la Declaración”².

Concuerda con esa explicación, lo señalado por el Relator de la Sexta Comisión, Sr. Luís López de Mesa, quien refirió que:

“Como punto de partida, se acordó rápidamente que derechos y deberes debían ordenarse en capítulos aparte, para su mejor entendimiento y consulta. Asimismo, se dispuso redactarlos en su mera esencia, sin enumeraciones ejemplares o taxativas, que llevan consigo el riesgo de la difusión inútil y de la confusión peligrosa de sus límites”³.

Es decir, con particular atención al derecho a la vida, que lo que se pretendió fue acuñar una fórmula de carácter general y de suficiente amplitud como para reconocer ese derecho para “todo ser humano”, sin retaceos, ni cortapisas y sin que ningún supuesto pudiera quedar fuera de una enumeración casuista, lo cual –evidentemente– también tutela a las personas por nacer.

En efecto, si todo ser humano tiene derecho a la vida, y, resulta indiscutible que el nascituro reviste ese carácter desde el mismo momento de la concepción o fecundación, resulta evidente que la vida de la persona por nacer se encuentra plenamente protegida por la norma que así lo reconoce en su máxima extensión.

De allí que sería suficiente con la invocación del artículo 1º transcrito, para afirmar su incompatibilidad con cualesquiera norma de derecho interno que –bajo el pretexto que fuere– dejare de penar el aborto en cualquiera de sus formas, puesto que dicho obrar priva al ser humano por nacer de ese derecho esencial a la existencia que claramente le reconoce la norma internacional hoy elevada a rango constitucional.

1 Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá 1953, Volumen V, Documento CB-7, en pp. 449/454.

2 Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá 1953, Volumen V, Documento Documento CB-310/CIN-41, pp. 474/478.

3 Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá 1953, Volumen V, Documento CB-445/VI-36, en pp. 510/516.

Además, y por si fuera necesario, no puede dejar de considerarse que complementan el aserto, las prescripciones de los ya citados artículos 2, 7 y 17 de la Declaración, en cuanto por ellos se asegura la igualdad ante la ley de todos los seres humanos y el derecho de todo niño a protección y cuidado especiales, junto al derecho de toda persona a que se le reconozca como sujeto de derecho y a gozar de los derechos civiles fundamentales, lo cual implica –de suyo- igualdad en la intensidad de su protección.

Se concluye, entonces, en que todo intento de despenalización del delito de aborto, así como el mantenimiento de los criterios de la segunda parte del artículo 86 del Código Penal de 1921, resultan incompatibles con la letra y el espíritu de la Declaración que analizamos.

II.3. El derecho a la vida humana en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948)

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre es hija del horror que causó en la humanidad la Segunda Guerra Mundial. El hecho de que la vida de algunos hombres pudiera ser prescindible, o asesinados sin castigo por ese asesinato; el hecho de que hubiera algunos hombres que tuvieran derecho a la vida y otros que no; movió a la necesidad de establecer por consenso preceptos básicos que consagraran los derechos humanos intangibles e inviolables para todos los seres humanos, sin distinción de ningún tipo.

El clamor de "Nunca más", encierra esa proclama de que nunca más algunos hombres tengan derecho a la vida y otros no. Que nunca más los organismos del Estado entiendan que un segmento de seres humanos puede ser muerto sin sanción penal, por condiciones tales como ser deseados o no; provenir de una madre con discapacidad; u otros factores accidentales. El "nunca más" encierra la proscripción del decisionismo estatal, que permite que los poderosos decidan quiénes tienen derecho a la vida y quiénes no.

En la Argentina, el hecho de que algunos tengan derecho a la vida y otros no es un tema muy sensible, y se refiere a recientes experiencias dramáticas y traumatizantes de la historia nacional. Que se pueda matar a algunos sin que haya pena, como política de estado, es dramático. Nunca hubiéramos pensado, que tan pronto el valor de la vida se diluyera y que los poderosos decidieran que el derecho a la vida de algunos débiles, puede proscribirse.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos surge de esa matriz dramática. De la experiencia de que algunos poderosos pudieran decidir quién tiene derecho a la vida y quién no. Frente a esa situación, los países reunidos para consensuar la Declaración, decidieron incluir dos límites infranqueables a la arbitrariedad respecto de la vida humana:

Art. 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo (Corte IDH).

Art. 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Estos dos límites, estaban llamados a excluir todas las excepciones. El derecho a la vida no admite excepciones, ese es el clamor que resuena en el texto. Cuando el derecho a la vida no lo tienen todos, no lo tiene nadie. Ese derecho se transforma en una suerte de gracia que el Estado concede a quien se la quiere conceder. Y eso es la máxima arbitrariedad del decisionismo, la renuncia a todo derecho humano, la dictadura más ilimitada del más poderoso.

Los nacidos son poderosos. Tienen el poder de decidir, porque, gracias a que alguien los dejó nacer y crecer; pueden ahora ser portaestandartes de sus ideas. ¿Pueden proscribir el derecho a la vida de los no nacidos? ¿Pueden los poderosos sofocar el clamor de los que no tienen voz?

Las generaciones actuales han olvidado el impacto de que existan derechos humanos sólo para algunos. Sin embargo, la sombra de una nueva dictadura se asoma, cuando unos pocos se arrojan el derecho a decidir y a tomar en sus manos la vida de otros.

En este estado de cosas, nos vienen a la memoria las contribuciones del filósofo italiano Giorgio AGAMBEN, quien ha investigado el "estado de excepción", denominación que toma de la definición de soberano de Carl SCHMITT. El soberano se define por su poder de "decidir el estado de excepción". En su obra *Homo sacer I*, AGAMBEN apoya su argumentación en una definición del jurista romano FESTO: el hombre "sagrado" es aquel que no puede ser condenado por el derecho (fas) por su carácter sagrado,... pero el que lo mata no comete parricidio. Recordemos que parricidio en el derecho romano era la muerte de un par, y el fas era el derecho superior al ius.

Estas consideraciones son del todo relevantes cuando se considera la posibilidad de despenalización del aborto.

Algunos autores argentinos, argumentan que la vida es sagrada, desde la concepción, y sostienen que es tutelada por el derecho de jerarquía superior (ius cogens, derecho internacional de los tratados, la Constitución Nacional, el derecho interno). Sin embargo, esos mismos autores, a la manera de SCHMITT, sostienen que el Estado Argentino, soberanamente puede "regular" el derecho a la vida, exceptuando a algunas categorías de seres humanos de ese derecho.

El Estado podría tomar en sus manos la decisión acerca de qué categoría de seres humanos ingresan en el "estado de excepción" anómico en orden al derecho a la vida. En otras palabras, el Estado decide quién es homo sacer, es decir: vida sagrada, mas no protegida por la ley. Conviene recordar la afiliación hitleriana de estas ideas.

Estos autores admiten que según la ley positiva no es lícito tomar la vida de ningún ser humano inocente. Sin embargo, en virtud del estado de excepción decidido unilateralmente por el Estado, que tiene el poder de "regular" la vida; quien mate al homo sacer, no será castigado.

Quisiéramos concluir esta reflexión, con una cita de otro filósofo contemporáneo relevante, el esloveno Slavoj ZIZEK, quien, en referencia a estas cuestiones, sostuvo que cuando el "estado de excepción" impera, "todos somos homo sacer". Si el Estado tiene el poder de decidir quién tiene derecho a la vida y quién no, todos somos sujetos del control biopolítico, y sólo nos resta nuestra nuda vida pues la vida y derechos políticos dependen de la decisión del Estado. En otras palabras, es el fin del estado de derecho.

Pero, hay una segunda perspectiva necesaria: la tutela sin excepciones de la vida humana inocente tiene un grave valor simbólico: es el máximo emblema del estado de derecho. Esta perspectiva es más profunda aun que la anterior, y probablemente más peligrosa. Cuando la vida humana es suprimible a elección de unos pocos, todo el edificio de derechos se desploma irremediablemente.

Que los Argentinos nos detengamos ante este umbral infranqueable: que los poderosos no tomen en sus manos los derechos a la vida de los débiles, que nadie en la Argentina se arroge el poder de decidir qué muerte será penalizada y cuál no tendrá pena alguna. Porque el día que legalicemos la despenalización de la muerte de un ser humano inocente, ese día todos los derechos a la vida habrán sido conculcados: el valor social de la vida humana, también.

II.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la protección de los niños (1966)

Convención de Nueva York 19/12/1966.

En la Argentina, antes de alcanzar rango constitucional en 1994, este Tratado había sido aprobado por Ley 23.313 y debidamente ratificado en sede internacional durante 1986. Sus normas, aunque no se refieren de modo directo al derecho a la vida, aluden a derechos que sin aquél serían ilusorios, y consagran tanto el principio de no discriminación de los niños, como el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, señalándose como meta la reducción de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños (artículos 10 y 12.1).

Va de suyo que si lo que se prevé en el Pacto es la protección y asistencia de todos los niños, a fin de garantizar su sano desarrollo, al igual que el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por razón de cualquier condición, ello involucra la prohibición de la efectuar distinciones sobre la base del carácter de nacido o no nacido, así como de establecer categorías entre las personas por nacer, lo que nos conduce a una óptica desfavorable respecto de toda disposición legal que, basada en esa arbitraria distinción, deje de castigar o de cualquier manera permita prácticas por medio de las cuales los niños por nacer sean privados de su vida.

Ello y los cometidos de reducir la mortalidad infantil y asegurar el sano desarrollo de los niños, resultan determinantes para percibir la franca contradicción entre cualquier hipótesis de aborto legal y las garantías y principios contenidos en el Pacto, lo que nos conduce, merced al rango constitucional que también ha adquirido dicha norma de derecho internacional, a la consideración de inconstitucionalidad que cabe a todo intento legislativo de establecer hipótesis de aborto autorizado por la ley ordinaria.

Despenalizar el aborto significa violar la igualdad ante la ley que el artículo 16 de la Constitución Nacional consagra y establecer categorías arbitrarias entre los seres humanos, privando a unos de la protección que se dispensa a otros.

II.5. El derecho a la vida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 (XXI) del 16/12/66, aprobado por Ley 23.313, ratificado por la Argentina en 1986 y elevado a rango constitucional en 1994.

También este cuerpo legal contiene en su Preámbulo la expresa mención de la dignidad de “todos los miembros de la familia humana”, de la cual derivan “sus derechos iguales e inalienables” junto a lo cual se expresa que la realización del ideal humano en el libre disfrute de las libertades civiles y políticas y la liberación del temor y la miseria requiere que “... se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como sus derechos económicos, sociales y culturales..”.

En lo que aquí interesa, el articulado del Pacto establece lo siguiente:

“Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”.

“Artículo 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

“Artículo 5. 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender acciones o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes,

El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley.

convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o reconoce en menor grado”

“Artículo 6: 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos. 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.”

“Artículo 16: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”

“Artículo 24. 1 Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menores requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado...”

La declaración conforme a la cual el derecho a la vida es inherente a la persona humana (artículo 6. 1), unida a la efectuada en el sentido de que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad (artículo 16), implica tanto como extender dicho reconocimiento a las personas por nacer (que son seres humanos) y declarar la inviolabilidad de su derecho a la vida, precisamente, merced a ese carácter de “persona” que le confiere la condición humana que en modo alguno se puede ignorar.

Una aplicación concreta del principio que venimos sosteniendo, lo encontramos en el inciso 5º del mismo artículo 6 del Pacto, en el cual, atendiendo evidentemente al hecho de que un ser humano inocente vive en la matriz de la mujer que habría de ser ejecutada, se prescribe la inaplicabilidad de la pena de muerte para la mujer que se halla en estado de gravidez.

A ello también nos conduce la consideración de la norma del artículo 2. 1, en cuanto compromete a los Estados Parte a garantizar y respetar los derechos reconocidos por el mismo a todos los individuos que se encuentren en su territorio y sujetos a su jurisdicción, sin distinción de ninguna especie, lo que importa tanto como la obligación de garantizar el derecho a la vida de la persona por nacer, pues no cabe discriminarla por esa sola circunstancia, y, según se ha visto, el derecho a la vida ha sido garantizado en el Pacto.

Añádase a ello la norma del artículo 24.1, que garantiza a todo niño la protección de su familia, de la sociedad y del Estado, y se verá con claridad que toda hipótesis de “aborto legal” o “no punible” resulta netamente contraria al Pacto en consideración, y, por lo tanto, inconstitucional, merced a la jerarquía que se la ha otorgado al mismo.

II.6. El niño por nacer, el derecho a la vida y el aborto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, fue adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que sesionó entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, fue ratificada por nuestro país en 1984 y elevada a rango constitucional diez años después de su ratificación. En su articulado prescribe que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”; “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. (Artículo 1.2.); que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Artículo 3º); que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...” (Artículo 4.1); que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...3. La pena de muerte no puede trascender de la persona del delincuente” (Artículo 5.1); que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y del Estado” (Artículo 19); que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Artículo 24). Desde el vamos advertimos que las garantías consagradas en esta Convención, avalan la postura que propicia la defensa de la vida humana inocente desde el mismo momento de la concepción o fecundación.

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos (Comisión IDH y Corte IDH).

No desconocemos que quienes pretenden la pervivencia de las normas del Código Penal que disponían no castigar determinados supuestos de aborto -que estimamos preteridas en razón de la adopción del instrumento internacional que analizamos- o bregan por la implantación de nuevas formas despenalizadas de ese crimen, intentan asignar a la expresión “en general” que se encuentra en el texto del artículo 4° del tratado un efecto restrictivo del principio de la protección de la vida desde la concepción, pero esa pretensión no resiste el más mínimo análisis a la luz de las pautas de interpretación señaladas por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹. Digamos aquí, de todas maneras, que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de cuyo informe 23/81 surge aquella interpretación capciosa², a solo dos años de suscribirse el tratado había dicho, en su informe anual de 1971, bajo el título “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre” señaló que:

“...1. Merece especial consideración el respeto al derecho a la vida, porque ésta constituye, sin duda alguna, el fundamento y el sustento de todos los demás derechos.

El Art. 1 de la Declaración de Bogotá proclama categóricamente que “Todo ser humano tiene derecho a la vida”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en San José de Costa Rica y que se halla en proceso de ratificación, reconoce ese derecho, y establece que la vida humana está protegida desde el momento de la concepción. Contiene además importantes preceptos relacionados con la pena de muerte aplicables en los países que no la han abolido, preceptuando que no se restablecerá en aquellos que la han suprimido.

Sin embargo de los términos generales de la Declaración Americana, la CIDH contempla con preocupación que en algunos países del Continente, se ha legislado sobre la pena de muerte ya sea para restablecerla o para ampliarla a delitos de carácter político-social.

En determinados países, por circunstancias de diversa índole, al adoptarse medidas de represión de actos de violencia en unos casos, o por necesidad de aprehender a determinadas personas imputadas de la comisión de delitos, la fuerza pública ha hecho uso excesivo de las armas, causando pérdidas innecesarias de vidas humanas.

La CIDH considera que tales hechos revisten suma gravedad y constituyen violación del derecho fundamental que consagra la Declaración de 1948.

1 Entendemos haber desarticulado ese argumento en los artículos “Algunos aspectos relativos a la tutela del Derecho a la Vida en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos” (volumen de las Jornadas de Derecho Internacional 2006 de la Organización de los Estados Americanos, el Instituto del Servicio Exterior de la Nación y la Universidad Austral, publicado por la Oficina de Derecho Internacional del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Secretaría General de la O.E.A., Washington DC, 2007, pp. 359 a 388) “¿Promoción estatal del aborto?” (Revista “El Derecho Penal” de Editorial El Derecho, Buenos Aires, Volumen: 4-2007 pp. 5 a 46) y en el libro “El Aborto en el Derecho Positivo Argentino - Análisis de las disposiciones del Código Penal Argentino a la luz de los antecedentes históricos, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional” (Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2009), dónde se ha acometido la tarea de desentrañar el sentido de la cláusula convencional partiendo del significado corriente de las palabras, el objeto y fin del tratado, la completa reconstrucción del iter redaccional del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, culminando con un análisis textual y contextual del instrumento internacional, considerado como una unidad coherente, exenta de contradicciones.

2 CIDH Caso 2441, cuyos antecedentes son los siguientes: en el año 1973, a partir de las sentencias dictadas en los casos “Roe vs. Wade” (410 U.S. 113) y “Doe vs. Bolton” (419 U.S. 179), el aborto fue admitido en los Estados Unidos. Por esa razón dicho país fue denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por violación al derecho a la vida de las personas por nacer protegidos, según los peticionarios, por el artículo 1° de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad”). La referencia al Pacto de Bogotá de 1948 y no a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 se explica por el hecho de que Estados Unidos no ratificó este último instrumento internacional, de allí que lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solo guarde referencia directa con el primero de dichos instrumentos, pero no con el segundo. La Comisión declaró -con opiniones divididas- que ese derecho no alcanzaba a los niños por nacer porque del artículo de la Declaración Americana de 1948 se había eliminado la referencia al momento de la concepción que se hacía en los trabajos preparatorios.

El uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos. ...”³

Sin esfuerzo se desprende de dicho texto que allí la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró al aborto como una grave y patente violación a los derechos humanos, por vulnerar el derecho a la vida (pues a él se refiere el texto), lo que no se condice con la equivocada pretensión posterior sostenida por la mayoría en el aludido informe 23/81 y que fuera claramente desmentida, en los valiosísimos votos disidentes de ese mismo informe, suscriptos por los Dres. Gerardo Monroy Cabra y Luis Demetrio Tinoco Castro.

También debemos decir, y esto nos parece definitivo para el ámbito interamericano, y, por ende, para la República Argentina, que esa pretensión de restringir el alcance de la protección del derecho a la vida de las personas por nacer, colisiona irremediablemente con la doctrina jurisprudencial emanada de distintos precedentes fallados por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, supremo intérprete del tratado que, en reiteradas ocasiones posteriores al informe 23/81 de la Comisión, ha declarado categórica y enfáticamente que:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”⁴.

Va de suyo, pretender que el derecho a la vida no alcanza a determinadas categorías de seres humanos concebidos, pero no nacidos, significa lisa y llanamente considerar a ese derecho fundamental desde un enfoque restrictivo, de la índole de los desestimados por la Corte.

Volviendo al texto del tratado, nos ceñiremos ahora a un análisis sistemático del mismo en lo que toca a la temática que aquí abordamos, tal como ha sido incorporado dicho instrumento a nuestro ordenamiento jurídico positivo. Entremos, pues, en materia:

El texto del artículo 4 de la Convención, establece:

“Artículo 4º. Derecho a la Vida. 1 Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

Entendemos que la lógica interna del precepto, así como su relación con las demás disposiciones del instrumento internacional del que forma parte, permite apreciar la fuerza del principio protector de la vida humana desde el momento de la concepción.

En esta dirección, anotamos que el mismo párrafo 1 del artículo 4, en su oración final, establece en forma

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1971, Parte II, numeral 1. Puede consultarse en página web <http://www.cidh.oas.org>

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baldeón García, Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No., entre otros.

categoría e indubitable que “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; y, es indudablemente arbitraria e injusta la privación de la vida de las personas por nacer que, no nos cansaremos de repetirlo, son absolutamente inocentes frente al orden jurídico, puesto que no han realizado, ni podido realizar, ninguna acción reprochable. El vocablo empleado, “nadie”, es una expresión absoluta que no admite términos medios, modulaciones, ni excepciones de ninguna especie. Válganos la perogrullada, “nadie”, quiere decir “ninguno/a”, de modo que el remate terminante de este tramo del artículo fulmina toda posibilidad de “aborto no punible”, pues sostener lo contrario nos llevaría a una incoherencia mayúscula, dada la evidente contradicción que existiría entre sostener al mismo tiempo y como proposiciones igualmente válidas que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, por una parte, y, por otra, que “alguien (el niño abortado) puede ser privado de la vida arbitrariamente”. A ello debe añadirse, como pauta interpretativa, la referencia que la misma Convención realiza respecto de la pena de muerte (artículo 4.2), donde se establece claramente que en los países que no la han abolido, ésta sólo puede ser impuesta por delitos graves, en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada emanada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, prohibiéndose el restablecimiento de dicho tipo de sanción en aquellos Estados en los que se hallare abolida (artículo 4.3). De modo que resulta claro que si no se ha realizado personalmente ningún acto delictual que merezca pena según el ordenamiento jurídico del que se trate, y, si no ha mediado un juicio justo en el que se atribuya responsabilidad penal a una persona por ello, no puede privarse a nadie del derecho a conservar la existencia. Si ello se relaciona con la contundencia de la prohibición de privar la vida arbitrariamente, supuesto que se verifica en cada aborto, donde se priva del derecho a conservar la existencia a quien no ha merecido reproche de ninguna índole por parte del ordenamiento jurídico, ni ha hecho nada para merecer la muerte, resulta claro “a fortiori” que en la tésis de la Convención no hay lugar, bajo ningún punto de vista, para la justificación de la muerte directamente provocada a las personas por nacer. Al mismo resultado nos conduce la consideración de la prohibición que el mismo artículo establece respecto de la aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años y a mujeres en estado de gravidez (artículo 4.5.). Tampoco puede soslayarse que la garantía a la integridad personal, en sus dimensiones física, psíquica y corporal, tal como se halla consagrada en el artículo 5 de la Convención y que también asiste a todas las personas (incluidas las por nacer), no tiene cortapisas, ni limitaciones, y, ello también redundaría en la prohibición del asesinato de las personas por nacer que entraña todo aborto, por cuanto si se encuentra prohibido “lo menos”, también debe estarlo “lo más”. La solución contraria, importaría una incoherencia de proporciones, puesto que se afirmaría como querido por la Convención el verdadero contrasentido que entrañaría la prohibición absoluta de las lesiones y la autorización de algunos supuestos de homicidio.

Para remate, el artículo 24, al consagrar la igualdad ante la ley determina que:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

De la recta inteligencia del texto resulta claro que, si la Convención reconoce que todo ser humano es persona (artículo 1.2), y, que ambas calidades (ser y personalidad) existen a partir del momento de la concepción (artículo 4.1), cuando impera que “todas las personas” deben tener “igual protección de la ley”, fundándose esto último en la unidad de naturaleza del género humano, queda absolutamente excluida la posibilidad de que, a través de la admisibilidad de alguna hipótesis de aborto, no se brinde a algunas personas por nacer la tutela legal que supondría la igual protección, pues ello significa establecer desigualdades entre las personas según sean nacidas o no nacidas, y en segundo término, entre éstas últimas, seleccionando a cuáles seres humanos no nacidos proteger y a cuáles no.

En torno a este concepto de igualdad y su relación con los niños, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que:

“...la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un grupo determinado, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias

de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza...”⁵.

Y puesto que las diferencias de tratamiento que establecía el Código Penal de 1921 no se corresponden con la única e idéntica naturaleza humana de la que participan por igual todos los nacidos y los concebidos por nacer, resulta ostensible que sus normas absolutorias de algunos supuestos de aborto tampoco superan el estándar acuñado por la Corte Interamericana al que nos acabamos de referir.

Todo ello demuestra que toda forma de aborto se encuentra en contradicción con los principios y normas de la Convención analizada, lo que incluye a los supuestos conocidos en el derecho positivo bajo los nombres de terapéutico, eugenésico y sentimental, debiendo añadirse respecto a esta última hipótesis que si, como lo establece el artículo 5.3. de la Convención, “la pena no puede trascender a la persona del delincuente”, resulta que no debe, por causa del delito contra la libertad sexual, privarse de la vida a la persona que ha resultado concebida a partir del mismo, pues ella no ha realizado acción ninguna y resulta completamente inocente.

Resulta evidente, entonces, que con la suscripción y ratificación de este tratado internacional y con su posterior elevación a jerarquía constitucional en 1994, la Nación Argentina hizo expreso el abandono del ignominioso paradigma que inspiraba las hipótesis de la segunda parte del artículo 86 del Código Penal, desterrándolas de su ordenamiento jurídico.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, numeral 45

II.7. El derecho a la vida y la prohibición del aborto en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)¹

La Argentina tiene una tradición jurídica fundacional de defender los derechos humanos a ultranza. El Código Civil Argentino, mucho antes de los modernos avances de la genética y de la técnica imagenológica bi y tridimensional, reconoció el derecho a la vida por el sólo hecho de ser humanos, desde la concepción. Dalmacio Vélez Sársfield fue el primer codificador que llegó tan lejos en la defensa de los derechos humanos para todos, sin discriminación alguna. Luego, fue copiado por otras legislaciones latinoamericanas en esta iniciativa.

Podemos enorgullecernos de esta tradición jurídica de defensa de los derechos humanos para todos, sin excepción, que se replica en las Provincias, en sus Constituciones y en su legislación sobre la niñez. La Argentina tiene una tradición bicentenaria de respeto a la vida y a los derechos humanos de todos, en la familia.

Vélez Sársfield, ya conocía la responsabilidad parental. Entendió la patria potestad, no como un derecho omnímodo, sino como un servicio de los padres a los hijos para que éstos se desarrollen íntegramente.

Las nuevas tendencias que proponen derogar el derecho a la vida para todos, nos quieren imponer una patria potestad como la de los romanos: los padres (en este caso, tal vez incluso suprimiendo al padre de la decisión), tienen un poder de vida y de muerte. La nueva patria potestad permite que sus padres decidan sobre si sus hijos vivirán o no, precisamente en el mayor estado de indefensión. Una patria potestad más amplia que la que jamás ha conocido el derecho argentino.

¿Qué vamos a tratar a continuación?

Vamos a analizar la regulación del derecho a la vida de los niños en la Convención sobre los Derechos del Niño

¹ Por Ursula C. Basset. Doctora en Cs. Jurídicas (UCA), Abogada (UBA), Profesora con Dedicación especial a la investigación (UCA)

El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño).

El ser humano desde su concepción en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El ser humano, desde la concepción, es tratado como niño y acreedor de todos los derechos que le garantiza el derecho internacional, en virtud de su especial vulnerabilidad. En especial, el derecho a crecer en familia, el derecho a desarrollarse integralmente, el derecho a la salud, el derecho a la no discriminación y el derecho a la vida.

a) ¿Quiénes son los obligados a garantizar los derechos de los niños?

Los obligados de garantizar ese derecho son: a) la familia; b) toda la sociedad; y, c) el Estado. Esto significa que todo ciudadano, especialmente los que tienen la responsabilidad de velar por el bien común, queda obligado a la protección de cada vida humana, sin discriminación alguna.

b) ¿Cuál es el contenido de la obligación de garantía de los derechos del niño?

La obligación a cargo de la familia, la sociedad y el Estado, implica:

- un deber de trabajar proactivamente en favor del acompañamiento del embarazo, y no a favor del aborto.
- es trabajar a favor de la vida y la familia; y no a favor de la muerte.
- es edificar y no destruir.

Significa que el Estado debe acompañar a la población más vulnerable para que pueda cumplir la responsabilidad que emerge de la paternidad y la maternidad. La sexualidad responsable, implica acompañar para asumir las consecuencias del acto sexual; no para destruir la vida humana.

La legalización del aborto, sólo conlleva que las personas más vulnerables terminen con la vida de sus hijos. Son los más pobres, los más excluidos quienes están más expuestos a no poder criar a sus hijos. El Estado no puede colaborar en políticas colectivas que impliquen matar a los hijos; sino coadyuvar al fortalecimiento de las poblaciones débiles y al ejercicio de la maternidad.

No enseñar a los jóvenes la responsabilidad frente al acto sexual, y eliminar la vida humana que es consecuencia de ese acto; es una manera atroz de paternalismo del Estado: en lugar de empoderar para afrontar la nueva vida naciente (que puede incluso darse en adopción); el Estado se hace ausente y expone al joven al dolor del aborto, matando a un inocente.

La no discriminación, implica que ni el Estado ni las personas pueden distinguir entre un ser humano y otro en razón de su aspecto físico, ni del estado de su desarrollo evolutivo. Toda discriminación en torno al derecho a la vida... toda excepción en torno al derecho a la vida, es negarlo en su totalidad.

El derecho a la vida se reconoce a todos o no se reconoce a nadie. Cuando unos pocos deciden quien tiene derecho a vivir y quién no, ya nadie tiene derecho: el derecho a la vida pasa a ser una gracia que da el Estado, según atributos decididos por quien tiene poder. La peor de las dictaduras, es la que toma en su mano el derecho a la vida de algunos.

c) ¿De dónde surgen estas obligaciones?

El derecho a la vida del niño desde la concepción surge de dos fuentes: I) el preámbulo de la CDN; y, II) la declaración interpretativa de la Argentina al Art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Complementariamente, deben tenerse en cuenta el Art. 1º y el principio de progresividad de los derechos del niño, enunciado en el Art. 41 CDN.

El preámbulo de la CDN

En cuanto al texto del preámbulo, el problema fundamental giró en torno al párrafo 9². Los delegados de algunos países que tenían leyes favorables al aborto, consideraban inadmisibles situar el comienzo de la niñez en la parte operativa de la CDN. Surgió así la sugerencia de incluir una referencia a la cuestión en el preám-

² Para evitar equívocos, tomamos el número actual del párrafo, según el texto definitivo de la CDN. El párrafo 9 es el equivalente al párrafo 6 del proyecto de la Convención.

bulo, remitiendo al antecedente inmediato de la CDN: la Declaración de Derechos de los Niños de 1959. Ésta decía en sus párrafos segundo y tercero del preámbulo:

“Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”³

Con este antecedente, era lógico que la CDN, instrumento aplicado de la Declaración, y de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otras declaraciones, recibiera los textos que se destacan. El párrafo segundo, citado supra, fue incluido en la parte operativa de la CDN (Art. 2). En cuanto al párrafo tercero, aprobado el Artículo 1º de la CDN, se pretendió la inclusión del texto “tanto antes como después del nacimiento” en el Preámbulo. La propuesta fue hecha por el Representante de la República Federal Alemana y fue largamente debatida, y, finalmente aceptada e incorporada en el párrafo 9⁴.

II) ¿Qué valor tiene el preámbulo para la Convención?

El preámbulo tiene valor hermenéutico para el texto de la Convención. Por eso, los países integrantes del Grupo de Trabajo (Working Group) sobre el párrafo 9, solicitaron la inclusión de una declaración unánime que incluyera el siguiente texto en el draft o proyecto final de la Convención: “In adopting this preambular paragraph, the Working Group does not intend to prejudice the interpretation of article 1 or any other provision of the Convention by State parties”⁵ (Adoptando este párrafo del preámbulo, el grupo de trabajo no busca perjudicar la interpretación del art. 1º...).

La declaración antecedente fue incluida en el Reporte Final, presentado ante la Asamblea, pero no fue tenida en cuenta para el bosquejo final (draft) de la Convención.

Esto último motivó a que en 1988, el Reino Unido presentara una solicitud al Consejo Legal de la ONU, a fin de confirmar cuál era la hermenéutica que debía darse al párrafo 9 mentado, a la luz de la aclaración incluida en los travaux préparatoires (la que citamos en el párrafo anterior). El Consejo Legal respondió al Reino Unido con alguna dureza que el draft de la Convención, no incluía la aclaración que el Grupo de Trabajo insertó en los travaux préparatoires. Sostuvo además que era “a primera vista extraña la pretensión de deprivar” al preámbulo de sus normales efectos, por la inserción de una aclaración en los travaux préparatoires. Más aún, sostuvo que la inclusión de dicha aclaración en los trabajos preparatorios, no parecía lograr óptimamente el propósito perseguido (i. e. de abrogar los normales efectos hermenéuticos del preámbulo), toda vez que el Art. 32 de la Convención de Viena, preveía explícitamente que el preámbulo tiene por objeto proveer “medios suplementarios de interpretación”⁶.

³ La negrita y cursiva es nuestra. El texto español está tomado de la traducción oficial en http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/25_sp.htm (Consultado 27-3-2008)

⁴ La sugerencia de la cita de la Declaración de los Derechos de los Niños fue hecha por el representante de la República Federal Alemana. Cf. DETRICK, Sharon (ed.) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the Travaux Préparatoires*, Países Bajos, 1992, Martinus Nijhoff, Kluwer Academic Publishers, p. 109 y ss.

⁵ “Al adoptar este párrafo preambular, el Grupo de Trabajo no pretende perjudicar la interpretación del Art. 1 o cualquier otra provisión de la Convención por los Estados Parte.” (La traducción es nuestra)

⁶ “the preamble serves to set out the general considerations which motivate the adoption of the treaty. Therefore, it is at first sight strange that a text is sought to be included in the travaux préparatoires for the purpose, i. e., to form part of the basis for the interpretation of the treaty. Also it is not easy to assess what conclusions States may later draw, when interpreting the treaty, from the inclusion of such text in the travaux préparatoires. Furthermore, seeking to establish the meaning of a particular provision of a treaty, through an inclusion in the travaux préparatoires may not optimally fulfill the intended purpose, because, as you know, under article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, travaux préparatoires may only be had if the relevant treaty provisions are in fact found by those interpreting the treaty to be unclear... Nevertheless, there is no prohibition in law or practice against inclusion of an interpretative statement in travaux prépara-

i) ¿Qué consecuencias tiene el preámbulo sobre el derecho a la vida del por nacer?

El preámbulo de la Convención, en cuanto se refiere a que el niño debe ser protegido antes como después de su nacimiento, tiene virtualidad hermenéutica para toda la Convención sobre los derechos del niño.

La declaración interpretativa al Art. 1º de la CDN

Algunos países consideraron necesario realizar declaraciones interpretativas que ajustaran al ordenamiento jurídico interno el texto de la CDN. Conviene poner de resalto que el principio pro hominem de los derechos humanos, habilita una obligación más constringente que la que el Tratado impone.

El Art. 41 de la CDN prevé explícitamente la posibilidad de que los Estados parte adopten medidas más allá de lo impuesto por la Convención⁷.

Así fue que, entre otros Estados, la República Argentina formuló la siguiente declaración interpretativa respecto del Art. 1º de la CDN:

Art. 2º, Párr. 3º Ley 23.849: "Con relación al Art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad." (La bastardilla es nuestra).

II) ¿Qué valor tiene la declaración interpretativa hecha por Argentina al Art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño?

Una vez incorporada la CDN al texto de la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (Art. 75 inc. 22), parece evidente que dicha declaración pasó a integrar el bloque de constitucionalidad⁸, y como tal, tiene rango de norma constitucional derogatoria de toda norma inferior⁹.

ii) ¿Puede sostenerse una ley de aborto frente a la Declaración interpretativa al Art. 1º?

Voces doctrinales aisladas, alegaron que: a) la declaración interpretativa no tiene el mismo régimen que las reservas, b) no accedería al régimen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, c) por lo tanto, a diferencia de una reserva, podría ser derogada por mayoría simple en ambas cámaras¹⁰. Otra doctri-

toires", Response of the Legal Counsel to the Request for Confirmation by the Representative of the United Kingdom regarding Preambular Paragraph 6, par. 9, 9 December 1988, E/CN.4/1989/48. Cf. Office of the U.N. High Commissioner on Human Rights, Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Nueva York y Ginebra, 2007, Vol. 1, p. 299, accesible En <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf> [consultado 31-03-2007]

7 "Furthermore, States parties would be guided by article 41 to implement child protection measures that went beyond the provisions of the convention." Cf. Office of the U.N. High Commissioner on Human Rights, Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Nueva York y Ginebra, 2007, Vol. 1, p. 295 accesible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf> [consultado 31-03-2007] Recordemos que el Art. 41 CDN dice: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado". Volveremos sobre éste artículo.

8 Ello, en virtud de la fórmula incorporada al Art. 75, inc. 22 "en las condiciones de su vigencia". Hemos analizado el valor de esta fórmula extensamente en nuestro artículo BASSET, Ursula C. "La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos.", ED-219-755. A favor de esta posición, el constituyente, ex-ministro de la Corte y afamado constitucionalista BARRA, Rodolfo C., La protección constitucional del derecho a la vida, Buenos Aires, 1996, Abeledo-Perrot, p. 29-30; BOGGIANO, Antonio, Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos, Buenos Aires, 1995, p. 103; y GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Buenos Aires, 2003, Ed. La Ley, p. 593. La cuestión fue zanjada por una declaración de la Academia Nacional de Derecho, que validó la posición que aquí seguimos. Ver: Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional, de fecha 25 de agosto de 2005 <http://www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm>

9 Cf. Bibliografía ibidem. Con la salvedad de la declaración de derechos de nuestra Carta Magna, que tiene jerarquía mayor.

10 El trabajo que se cita habitualmente en este punto, es la obra colectiva coordinada por los Dres. Juan VEGA y Marisa GRAHAM, intitulado Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales (Buenos Aires, 1996, Astrea). En las páginas 97 y siguientes se analizan los alcances de las "cláusulas interpretativas". Marta FAUR y Cristina VALLEJOS –autoras del artículo respectivo dentro de la obra – apoyan su análisis en

na, ha cuestionado la posibilidad de efectuar reservas a los tratados de derechos humanos. Alguna doctrina constitucionalista se ha hecho eco de estas cuestiones¹¹.

La doctrina que mencionamos en el párrafo anterior, es contradictoria con el derecho internacional vigente. Se cita como apoyo una reunión de la Comisión de Derecho Internacional de 1970, cuando con anterioridad a la publicación de las contribuciones doctrinales mentadas, la cuestión ya estaba zanjada, por la implementación de una "Guía práctica" sobre reservas y declaraciones interpretativas, elaborada por la Comisión de Derecho Internacional a partir del año 1993.

O bien la doctrina especializada omitió consultar una fuente tan evidente del derecho internacional, o nuevamente debemos situarnos en el eterno debate entre ciencia e ideología.

¿En qué posición queda la Argentina? ¿Porqué sancionar una ley de aborto sometería a la Argentina a responsabilidad internacional?

Desde 1993, la Comisión Internacional de Derecho se ha avocado a tratar como tópico "The law and practice relating to reservations to treaties"¹² (la ley y la práctica en las reservas a los tratados), tópico que después se convino en nombrar simplemente "Reservation to treaties"¹³ (Reservas a los tratados). La decisión fue aprobada por la Asamblea General, en la Resolución 48/31 del 9/12/93. Para tarea de largo aliento, debían abordarse los problemas de las reservas, las declaraciones interpretativas y otras declaraciones unilaterales.¹⁴

En su ardua labor en los últimos trece años, la Comisión de Derecho Internacional fue aprobando en tandas, una Guía Práctica¹⁵, que incluye la definición de "declaraciones interpretativas"¹⁶ y "reservas"¹⁷. Ya en las conclusiones de 1998, se quiso dejar en claro, que reservas y declaraciones tenían el mismo valor¹⁸, en relación con las tres convenciones de Viena.

Ambas –reserva y declaración interpretativa- son declaraciones unilaterales. La diferencia entre una y otra

la afirmación del Sr. Waldock en la Conferencia de Derecho Internacional de 1970. Según ella, las "cláusulas interpretativas" se excluyen de la categoría de las reservas. En forma genérica, ponen en duda el valor de dichas cláusulas. Quedarían, pues, excluidas del régimen de las reservas de los Arts. 19 y ss. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

11 Andrés GIL DOMÍNGUEZ, en su tesis doctoral y en numerosas publicaciones siguientes siguió las posiciones de la obra de VEGA y GRAHAM (ver nota antecedente). Ya hemos mencionado nuestra sorpresa al respecto, toda vez que las publicaciones mencionadas son posteriores a la reglamentación de las declaraciones interpretativas que hiciera la International Commission of Law, las cuales zanján definitivamente la cuestión, como explicamos en el cuerpo de este trabajo. Cfr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Buenos Aires, 2000, EDIAR, p. 168 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés "La Constitución Nacional y el aborto voluntario." LLBA 1998, 583; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza", LA LEY 1998-F, 552; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés "Constitución, patria potestad y salud reproductiva en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", LA LEY 2004-B, 411 (donde se cita a sí mismo en su tesis. Sin embargo, en su tesis sólo se apoya en el trabajo de VEGAS y GRAHAM); GIL DOMÍNGUEZ "El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial" LLSup.Penal 2005 (julio), 34. Cfr. también BASSET, Ursula C., "La Constitución nacional y la despenalización del aborto", ED-219-755

12 Sesión 41 de la Comisión Internacional de Derecho (en adelante ILC), que tuvo lugar en Ginebra en 1993, accesible virtualmente en www.untreaty.un.org

13 Sesión 47 de 1995 de la ILC

14 Para el libro en cuestión, como puede observarse, había mucho material disponible que hubiera excluido las conclusiones respectivas. Sería menester determinar las razones de la exclusión de los debates en el marco de la O.N.U. sobre el particular. Sorprende la remisión con carácter normativo a los datos de las discusiones internas que datan de 1970. Lo mismo vale para la tesis doctoral del Dr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ, quien en este punto se apoya sobre estas citas, ya en el año 2000, cuando el trabajo de la Comisión ya había precisado las definiciones y establecido los alcances reales de las declaraciones interpretativas y las reservas.

15 Según el formato que se decidió darle al trabajo sobre este tópico de la Comisión. La guía práctica fue aprobada en la Asamblea General por la Resolución 50/45 del 11 de Diciembre de 1995, junto con la designación del Rapporteur.

16 Ver ibidem: § 1.2

17 Ver Guide to Practice § 1. Definitions 1.1 Definition of reservations (Texto aprobado provisionalmente por la Comisión en 1998)

18 Fourth report on reservations to treaties. Texto votado por la Asamblea General en la reunión N° 55, llevada a cabo en Ginebra en 1999.

consiste en que la declaración tiene por objeto¹⁹ expresar una definición o definir el alcance de una cláusula del Tratado para un país²⁰. Si esta declaración es condición de adherir al Tratado, se entiende que tiene una semejanza mayor con la reserva, y se la denomina interpretación condicional²¹. Mientras tanto la reserva, es una declaración unilateral que tiene por intención modificar los efectos jurídicos de un Tratado o una cláusula del mismo para un país.

Respecto a si el régimen jurídico de las “reservas” es aplicable o no a las “declaraciones interpretativas”, la Comisión decidió por la afirmativa. Esto significa que para la Comisión Internacional de Derecho, emanada de las Convenciones de Viena, “reservas” y “declaraciones interpretativas” tienen el mismo régimen jurídico. Se expresó en los comentarios a estas definiciones, que el Comité deseaba apartarse de todo atisbo de nominalismo²², y estar lo que en buena fe el Estado quiso producir como efecto jurídico de su manifestación unilateral. En el caso argentino, se desprende con evidencia del texto de la declaración al Art. 1º, que su intención es interpretativa (“declara que el mismo debe interpretarse...”).

Se discutió si el régimen general de la Convención de Viena era aplicable o no a los tratados de derechos humanos, y se sostuvo la posición afirmativa. E. d. las reglas generales de las Convenciones de Viena y de la Guía de Práctica, son aplicables a los Tratados o Declaraciones sobre derechos humanos²³. Por lo tanto, reservas y declaraciones interpretativas son viables en los Tratados o Declaraciones sobre derechos humanos.

Las únicas restricciones a admitirlas están establecidas en el Art. 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Estas son: “a) que el Tratado proscriba dicha reserva, b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”. En lo que respecta a la declaración interpretativa al Art. 1º formulada por la Argentina, queda claro que si la reserva amplía la base de aplicación del derecho consagrado en el mismo sentido que el objeto y fin de la CDN (a saber, la protección del niño) es más exigente y progresiva para el Estado-parte y lejos de derogar la prescripción del tratado, la proyecta amplíamente sobre el régimen nacional que la adopte. Las reservas y declaraciones no prohibidas, tienen mismo valor que el Tratado respecto del Estado-Parte (Cf. Art. 21, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

En resumen: la declaración interpretativa al Art. 1º de la CDN, tiene valor constitucional –Art. 75 inc. 22- y la Argentina es responsable internacionalmente por la garantía del derecho a la vida desde la concepción para todo niño.

De lo expresado, cabe concluir que la declaración interpretativa formulada por la Argentina al Art. 1º de la CDN, integra la validez de dicha Convención para la Argentina (integra la obligatoriedad del Tratado en su proyección a nuestro derecho). Desde el punto de vista del derecho de los tratados, el régimen de dicha declaración interpretativa es el mismo que el de las reservas. En este sentido, dicha reserva es prisma hermenéutico operativo, aplicable a la CDN y todas las normas jurídicas vigentes en el régimen jurídico argentino de rango inferior que regulen la niñez. Por lo cual, ya que integran la Convención, y la CDN integra a su vez, la Constitución Nacional; cabe concluir la declaración interpretativa acerca del comienzo del concepto jurídico de la niñez tiene el valor de una norma constitucional, y sólo puede ser derogada por una Asamblea Constituyente.

19 §1.3. Distinction between reservations and interpretative declarations

20 En el Comentario a las “Draft-lines” de la Guía Práctica, publicadas en el Yearbook de 1999, p. 335, se explica esta distinción.

21 §1.2.1 [1.2.4] Conditional interpretative declarations

22 Ibidem. p. 388-9

23 Sesión 48, en 1996 de la ILC (De la síntesis analítica del tópico “Reservation on treaties”, accesible en www.untreaties.org/ilc)

II.8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales.

Es interesante señalar que trece Provincias argentinas protegen la vida humana explícitamente desde la concepción¹. La mayoría de ellas han bloqueado esta protección en forma de un mandato constitucional². Otras Provincias, incorporan explícitamente la inderogabilidad de los Tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional³; la inderogabilidad del texto de la Constitución Nacional⁴; o incorporan explícitamente la Convención sobre los Derechos del Niño⁵ en las condiciones de su vigencia o el Pacto de San José de Costa Rica. Si sumamos éstas últimas, son dieciocho Provincias que incorporan

1 Buenos Aires, Art. 12, inc.1, Const. Prov.; Catamarca, Art.65, III, inc. 1, Const. Prov.; Chaco, Art.15, inc. 1, Const. Prov.; Chubut, Art.18, inc. 1, Const. Prov.; Córdoba, Art.4°, Const. Prov.; Entre Ríos, Art.16, Const. Prov.; Formosa, Art. 5, Const. Prov.; Jujuy, Art. 1°, Ley 5288, de protección integral de la niñez, adolescencia y familia; Salta, Art. 10, Const. Prov.; San Juan, Art. 2°, Ley 7338, de protección de la niñez; San Luis, Art. 13 y 49, Const. Prov.; Santiago del Estero; Art. 16 ,Const. Prov.; Tierra del Fuego, Art. 14°, Const. Prov..

2Ver nota anterior.

3Constitución de Corrientes, Misiones (Constitución y ley 3820 de protección de la niñez); Constitución de Neuquén; Santa Cruz (Constitución), Santa Fe, (Ley de Promoción y Protección integral del niño, la niña y el adolescente, 12.967); Tierra del Fuego (Constitución).

4Constitución de Corrientes; Misiones (Constitución y ley 3820 de protección de la niñez); Constitución de Neuquén; Santa Fe, (Ley de Promoción y Protección integral del niño, la niña y el adolescente, 12.967); Tierra del Fuego (Constitución).

5Constitución de Corrientes; Misiones (ley 3820); Constitución de Neuquén (con explícita referencia a que se incorporan en las condiciones de su vigencia); Río Negro (con incorporación de los textos de la ley 23.049, que incorpora las declaraciones y reservas); San Juan, (incorporación expresa de la Convención sobre los derechos de los niños –CDN-); Santa Fe, (Ley de Promoción y Protección integral del niño, la niña y el adolescente, 12.967); Santiago del Estero (Constitución provincial, con expresa mención de la ley 23.049)); Tierra del Fuego (Constitución).

explícitamente, de alguna manera, las definiciones sobre el comienzo de la vida humana y la protección de los derechos humanos para todos sin discriminación. Por último, muchas de ellas se obligan a garantizar el embarazo y la situación de los niños en desamparo en sus textos constitucionales⁶. En todos los casos, todas ellas quedan comprendidas en la legislación nacional por la supremacía de la Constitución y los Tratados sobre la legislación constitucional provincial. De allí que la defensa de la vida humana se aplica a todas las provincias, y queda muchas veces implícita y por eso no mencionada.

Este cuadro de situación, nos devuelve un marcado interés de las Provincias por garantizar el derecho a la vida de todos los niños, sin discriminación alguna en razón de haberse producido o no su nacimiento, del estado de desarrollo o de su apariencia física.

En la convicción de que los Representantes del Pueblo Argentino, ejercen su función no en representación de las convicciones en su fuero íntimo, sino en su carácter de mandatarios, en virtud de haber sido electos por los habitantes de sus provincias; parece conveniente hacer un paneo acerca de cuál es el mandato que han recibido, en función de las Cartas Magnas Provinciales y la legislación local.

Todo ello sin perjuicio de que, sin distinción de credo ni religión, todos los Argentinos, pero expresamente los Representantes del Pueblo, están obligados a "obrar en todo de conformidad a lo que prescribe esta Constitución" (Nacional). El Art. 67 de la Constitución Nacional Argentina, ha incorporado dicho mandato, en el marco del Juramento al que se obligan Diputados y Senadores.

Cabe señalar, por último, que el derecho a la vida es un derecho previo a toda legislación positiva. Es decir que, aun cuando no estuviera escrito –como de hecho lo está– en nuestras Cartas Magnas, igualmente sería imperativo el precepto de proteger la vida de todos, sin discriminación. Es una de las máximas de la justicia que recorre toda la historia: primero, no dañar a otros. Mas, es fruto sobre todo de la concepción de que los niños tienen derechos, y que la patria potestad no puede ser tan omnímoda que permita decidir sobre la vida y muerte del propio hijo. Ni siquiera los Estados, pueden atribuirse legítimamente el derecho de decidir quién vive y quien no tiene derecho a vivir (Art. 29 de nuestra Constitución Nacional). Es necesario bregar por una Argentina para todos, y no solamente para aquellos que tuvieron la suerte de nacer.

A continuación, haremos un paneo de la situación en cada Provincia.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantiza en el Art. 5º de su Constitución, la "atención integral del embarazo, parto, puerperio la niñez hasta el primer año de vida". Esta prescripción pone en cabeza de sus representantes el deber de procurar medidas proactivas de protección del embarazo.

Particularmente si este embarazo se produce en los "núcleos poblacionales carenciados y desprotegidos" (Art. 5º, Const. C.A.B.A.).

Respecto de los niños, es "responsabilidad de la ciudad" el caso de los niños privados de su medio familiar. Cada niño no deseado, es responsabilidad de la Ciudad. También lo son los niños "víctimas de violencia y explotación sexual". Un niño concebido por violación, no puede ser objeto de desembrago por parte de la Ciudad, sino que es menester que los legisladores persigan sin discriminación en virtud del origen del embarazo, medidas proactivas para proteger al niño.

En síntesis, deben priorizar la igualdad de todos los niños ante la ley, especialmente los más vulnerables. No pueden diferenciar en razón del nacimiento o no de los niños, ya que están obligados fuertemente a no discriminar por razón alguna y a proteger el embarazo, parto y puerperio.

⁶Ver análisis por provincia.

Provincia de Buenos Aires

La Provincia de Buenos Aires expresamente dispone en el Art. 10° de la Constitución Provincial el "derecho a la vida de todos los habitantes de la provincia". Dice que "Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad". Es decir que sin excepción alguna, los legisladores de la Provincia están obligados por mandato constitucional provincial, a procurar la penalización de toda privación de la vida.

Particularmente, porque la Constitución de la Provincia de Buenos Aires garantiza ese derecho a la vida desde la concepción en el Art. 12, inc. 1: "Todas las personas de la Provincia de Buenos Aires, gozan entre otros, de los siguientes derechos: A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural."

El Estado se obliga en el Art. 36 a proteger a los niños y a proveer formación integral, supletoriamente si fallara la familia por desamparo. Asimismo, en todos los procesos en los que se debatan los derechos de los niños, debe otorgar asistencia tutelar y jurídica.

En síntesis, queda en claro que los legisladores de la Provincia de Buenos Aires, tienen un mandato constitucional explícito de: a) defender la vida desde la concepción; b) no despenalizar la agresión a la vida (Art. 10°); y, c) asumir un rol proactivo de tutela de la vida y el embarazo no deseado.

Catamarca

La Provincia de Catamarca establece el derecho de todos los habitantes de la provincia de igualdad ante la ley y tienen derecho para defenderse y ser protegidos en su vida.

Especialmente, en el Art. 65, III, 1, establece la defensa de la vida humana desde la concepción: "A la vida desde la concepción. A la protección subsidiaria del Estado en casos de desamparo".

En síntesis, los legisladores de la Provincia de Catamarca, tienen, pues, también un mandato explícito de defensa de la vida desde la concepción.

Chaco

El Chaco incorpora en el Art. 14 de su Constitución Provincial, explícitamente los Tratados Internacionales, con plena operatividad. Además, en el Art. 15, 1, establece el derecho "a la vida, desde su concepción". El Estado asume en el Art. 27 en forma subsidiaria la protección integral del niño, promueve e instrumenta políticas tendientes al pleno goce de sus derechos y se obliga a "acciones específicas en los casos de niñez sometida a cualquier forma de discriminación, ejercicio abusivo de la autoridad familiar, segregación de su familia o medio social..."

En síntesis, el bello texto de la Constitución chaqueña, enrola al Estado en el compromiso de desarrollar medidas proactivas para la protección de los niños sin discriminación por edad o estado evolutivo; para limitar el ejercicio abusivo de la autoridad familiar (¿hay ejercicio más abusivo que decidir sobre la vida o muerte del propio hijo?); o la segregación por razones de pobreza.

El Estado podría comprometerse de esta manera, en acompañar los embarazos en las situaciones más vulnerables y promover la familia.

Corrientes

Corrientes reconoce el derecho a la vida de los niños en el Art. 41 de su Constitución Provincial. Es interesante advertir que garantiza el derecho a "crecer y desarrollarse en forma integral". Asimismo, incorpora explícitamente respecto de los niños, los derechos y garantías contemplados "en esta Constitución, la Constitución Nacional, los Tratados y las leyes". Dado que éstos últimos definen el derecho a la vida desde la concepción, dicha cláusula es inderogable y está explícitamente incorporada en la Constitución correntina.

Además, Corrientes se obliga a promover medidas de acción positiva para detección temprana, prevención y amparo de las situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño, niña o adolescente, especialmente los que se encuentren en situación de riesgo. El Estado correntino se compromete a remover los obstáculos de tales derechos garantizados a los niños.

De este modo, también Corrientes protege la vida desde la concepción.

Entre Ríos

Entre Ríos "reconoce y garantiza el derecho a la vida, y, en general, desde la concepción y hasta la muerte digna. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente" (Art. 16). Además, brinda asistencia especial a la maternidad y a la infancia. Y "establece una protección integral de los niños, niñas y adolescentes, en especial aquellos en situación de carencia, discriminación o ejercicio abusivo de autoridad familiar o de terceros". "Promueve la conciencia de respeto y solidaridad entre las generaciones" (Art. 18 y sim.).

Por si quedara alguna duda, en virtud del giro "en general" del Art. 16, la ley 9861 de protección integral de la niñez, establece en su Art. 3° que "- A los efectos de la protección integral que procura esta Ley y sin perjuicio de lo establecido en la legislación civil, laboral o previsional, se considera niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad y a su respecto los términos niña/niño/adolescente se utilizan con idéntico sentido."

En síntesis, no queda duda que el mandato de los representantes de la Provincia de Entre Ríos es proteger a los niños en situación de desamparo, prevenir el ejercicio abusivo de la patria potestad o de poder por parte de terceros (nuevamente, no hay ejercicio más abusivo que decidir privar de la vida, en el estado de mayor indefensión, a un niño).

Formosa

Formosa establece en su Constitución provincial la defensa del derecho a la vida desde la concepción. En el Art. 5°, dice: "Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción y a su integridad psicofísica, espiritual y moral". El Estado formoseño asume la responsabilidad de propender a "la concientización de las responsabilidades inherentes a la generación de la vida". En el Art. 69, dispone: "La familia tiene el derecho y la obligación de proteger al niño en forma integral." El Estado amparará especialmente al desprotegido y carenciado. El Estado asume la responsabilidad subsidiaria y preventiva, particularmente sobre niños que se encuentran bajo cualquier forma de discriminación o ejercicio abusivo de la autoridad familiar o de terceros. Por último el Art. 73, dispone el amparo a las madres solteras y desprotegidas por parte del Estado.

En síntesis, la Constitución formoseña es muy completa:

Involucra al Estado en medidas positivas de protección del embarazo en situación de riesgo.

Defiende la vida sin excepción ("todo ser humano") desde la concepción.

Se obliga a actuar supletoriamente en el caso de desamparo de los niños, como sería el caso de un embarazo no deseado o en situación de carencia económica o psicológica para llevarlo a término.

Se obliga a proteger al niño desprotegido y carenciado preventivamente.

Protege contra el ejercicio abusivo de la autoridad de los padres o de terceros (pensemos tutores o curadores) que quieran privar del derecho de la vida al niño no nacido.

Se obliga a políticas de protección de las madres solteras.

Jujuy

El Art. 19 de la Constitución provincial de Jujuy, dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida y está protegida por la Constitución y por la ley". También se exige como deber constitucional, que "toda persona debe respetar la vida de los demás y está obligada a actuar de modo tal que no produzca hechos actos u omisiones que pudieran amenazar" ese derecho. El artículo resalta en su redacción debido a que queda excluida toda excepción: "todos" tienen derecho a la vida y "todos" tienen obligación de respetar la vida de los otros.

El Art. 45 dispone la protección de la maternidad y de la paternidad como "valores sociales eminentes". "La madre y el niño gozarán de especial protección y asistencia".

En el Art. 46, el Ministerio de menores se obliga promover la designación de un representante legal o tutor para los niños, cuando sus padres no cumplan con sus obligaciones.

La ley de protección integral de la niñez, adolescencia y familia, N° 5288, dispone en su Art. 1°, la protección de la vida del niño desde la concepción, refiriéndose expresamente a los Tratados Internacionales y la Cons-

titución Nacional: “La presente Ley tiene por objeto garantizar la protección integral del niño y el adolescente; desde el momento de su concepción y hasta la mayoría de edad; en el ejercicio y goce de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional; Tratados Internacionales; Leyes de la Nación y de esta Provincia, con relación a su familia, a la sociedad y al Estado Provincial, en todas y cada una de las necesidades que correspondan a sus etapas evolutivas.”

En dicha ley, “el Estado Provincial garantizará el interés superior del niño y del adolescente brindándoles las oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social sin discriminación de ninguna naturaleza, sea en razón de su raza; color; sexo; edad; idioma; religión; cultura; nacionalidad; opinión política o cualquier otra.”

En síntesis, el mandato de la Provincia jujeña, establece lo siguiente:

El deber de proteger toda vida humana sin distinción

El deber de todos los jujeños de proteger la vida y realizar actos positivos para protegerla

El deber de protección no sólo de la maternidad, sino también de la paternidad, como valor social eminente.

El padre debe ser tenido en cuenta. (Es una de las pocas Constituciones que recuerdan el valor de la paternidad).

El deber de procurar la designación de un representante legal ante el incumplimiento de los deberes emergentes de la patria potestad, por parte del Ministerio Público.

El deber de proteger a la niñez (especialmente, la vida de los niños) desde la concepción.

El deber de no discriminar entre niños por ninguna naturaleza (ni siquiera por si son deseados o no, o por si provienen de un acto sexual consentido o no).

El deber de garantizar oportunidades y facilidades para el desarrollo físico, psíquico y social del niño.

La Pampa

La Constitución de La Pampa, en su Art. 6º, prohíbe todo tipo de discriminación, especialmente prohíbe la discriminación en razón de “condición física”. De tal modo que, sin perjuicio de la aplicación de la legislación general; no sería posible discriminar a un niño por su cantidad de células o su apariencia física. Si es un ser humano (si tiene ADN humano distinto de la madre, y es un ser viviente) no puede ser tratado distinto de los demás seres humanos en virtud de su condición física.

La Rioja

La Provincia de la Rioja sostiene que los derechos humanos son iguales para todos sin excepción, en el Art. 19 de su Constitución. En ese mismo artículo, el Estado se hace “responsable a la autoridad que lo ordene, consienta, ejecute, instigue o encubra y el Estado reparará el daño que el hecho provoque”, por toda violación a los derechos humanos (entre los que, según el mismo Art. 19, se encuentra el derecho a la vida sin discriminación).

En cuanto a la protección del niño, el Art. 37 dispone que “Todo niño o adolescente tiene derecho a la protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo total o parcial, moral o material, permanente o transitorio, corresponde a la provincia, como inexcusable deber social, proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por medio de institutos.” El Art. 35 –siempre de la Constitución provincial– establecen que la atención y asistencia de la madre y el niño gozarán de la especial consideración del Estado. El Art. 150, establece el deber del Ministerio Público de organizar la defensa de todo niño, siempre que tuviere intereses encontrados con sus representantes.

La ley de la niñez (Nº 7590) define al niño como todo aquel menor de 21 años. Incorpora en su Art. 1º los Tratados internacionales, la Constitución y la Convención sobre los derechos de los niños. Asimismo, en el Art. 16, prohíbe toda discriminación en función de “caracteres físicos” o “condición psicofísica” del niño.

En síntesis, el pueblo riojano ha tomado tan en serio la defensa de los derechos humanos fundamentales de todos, sin excepción, que está dispuesto a sancionar a cualquiera que los vulnere y hacerse cargo de la indemnización en el caso en que el acto proviniera del Estado.

Además, protege a “todo niño” sin excepción, particularmente al que esté en situación de desamparo, tornando inexcusable deber social la protección de “todo niño”.

Mendoza

La Provincia de Mendoza establece que todos los seres humanos tienen derecho a la vida por su naturaleza (Art. 8º, Constitución provincial): “Nadie puede ser privado” de tales derechos “sino por vía de penalidad, (...) y previa sentencia legal de juez competente.”

El Art. 9º de la ley de Protección integral de Menores N° 6354, establece que: “Los niños y adolescentes no podrán ser privados de sus derechos sin el debido proceso legal, el cual garantizará el derecho a ser oídos en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que lo afecte y el respeto y dignidad que se le debe como personas en desarrollo.”

En síntesis, la ley mendocina establece el derecho a la vida sin excepción, y refuerza el derecho de defensa de en juicio en todos los casos en los que se viole algún derecho, inclusive tratándose de niños.

Misiones

En Misiones, el Art. 4º de la Constitución provincial establece explícitamente la inderogabilidad de la observancia de la Constitución Nacional: “En ningún caso podrán las autoridades de la Provincia suspender la observancia de esta Constitución ni la de la Nación ni la vigencia efectiva de las garantías y derechos establecidos en ambas.”

Por su parte, el Art. 37 compromete al Estado en la protección integral de la familia, “procurándole los medios que le sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones espirituales, culturales, económicas y sociales.” En el inc. 2. asegura: “el amparo a la maternidad, a la infancia, a la minoridad, a la incapacidad y a la vejez de quienes carecen de familia.” Este último artículo, obliga a Misiones especialmente, de cara a la protección del embarazo y de los niños desamparados cuando el embarazo no es deseado por la madre. La Constitución ha querido enfatizar este deber al que se obliga el Estado misionero en el Art. 38: “Toda mujer que esté por dar a luz o haya dado a luz, todo anciano, todo incapacitado y todo menor de edad que se encuentren en estado de desamparo, serán protegidos por el Estado. A tal efecto la ley creará los organismos que asumirán esas tareas.”

La ley 3820 de protección integral del niño, niña y adolescente, explícitamente establece que tal legislación es complementaria a la Convención sobre los derechos del niño (Art. 2º).

En síntesis, los legisladores misioneros se encuentran redobladamente obligados a la Convención sobre los derechos de los niños. Además se encuentran obligados –también redobladamente– a proteger a los niños en situación de desamparo y los embarazos vulnerables, en virtud de los Art. 37 y 38 de la Constitución Misionera.

Neuquén

El Art. 18 de la Constitución neuquina establece el principio de inderogabilidad de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional: “no podrán ser alterados, restringidos ni limitados por las leyes que reglamenten su ejercicio.” Toda vez que la Constitución protege explícitamente el derecho a la vida en el Art. 29 de la C. N. y en los Arts. 75, inc. 22 y 23; no cabe duda de que es inderogable para los legisladores neuquinos. El Art. 47. “garantiza” a los niños “su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea”. Incorpora explícitamente “a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que queda incorporada a esta Constitución, en las condiciones de su vigencia.”

Además, la Constitución neuquina se obliga a proteger la maternidad y el deber de los padres de prestar asistencia. Resalta la figura del padre, estableciendo iguales derechos que la maternidad (Art. 46). Por este precepto, el padre no puede quedar excluido de la filiación, sujetando el derecho a la vida del no nacido a la potestad omnímoda de la madre.

Por último, el Estado se obliga en medidas de acción positiva de la niñez. El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho su efectiva y plena realización. Obliga al Ministerio Público a promover acciones para garantizar los derechos de los niños.

En síntesis, la Provincia de Neuquén:

incorpora con énfasis el derecho a la vida desde la concepción. Sin duda no ha sido azarosa la incorporación del texto de la Convención sobre los derechos del niño “en las condiciones de su vigencia”, v. gr. con declaraciones y reservas.

el legislador neuquino se encuentra redobladamente obligado a respetar la Constitución: la nacional y la provincial.

la vida humana debe ser protegida desde la concepción con acciones positivas, en las que el Estado neuquino compromete a sus funcionarios.

es otra de las escasas constituciones que ponen de resalto la figura del padre y su igualación con la figura materna en el deber de responsabilidad parental. El legislador neuquino debe evitar –si sigue las disposiciones de su Constitución- otorgar un poder omnímodo a la madre sobre la vida de sus hijos (por el Art. 29 de la C. N. y por el Art. 47 de la Const. Provincial; además de la evidencia natural de que los padres no pueden disponer de la vida de sus hijos).

Río Negro

Río Negro ha querido enfatizar en su Constitución la plena operatividad y la inalterabilidad por menoscabo de los derechos reconocidos en su Constitución. Se obliga a eliminar obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo la igualdad de posibilidades (Art. 14). Refuerza el principio de inalterabilidad en el Art. 15 “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

En el Art. 16 establece el reconocimiento al derecho a la vida, así como el de la dignidad humana. Expresamente señala que nadie puede ser sometido a tratos crueles, degradantes o inhumanos. “Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan.”

El Art. 31. obliga al Estado a la protección de la familia “como célula base de la sociedad, establecida, organizada y proyectada a través del afecto, facilitando su constitución y el logro de sus fines culturales, sociales y económicos.” Pone en cabeza de “los padres” el derecho y la obligación de cuidar y de educar a sus hijos.

Respecto de los niños, el Art. 33. Dispone que “los niños tienen derecho a la protección y formación integral por cuenta y cargo de su familia; merecen trato especial y respeto a su identidad, previniendo y penando el Estado cualquier forma de mortificación o explotación.” Pero, en caso de que fueran desamparados por su familia (como sería el caso de un embarazo no deseado, “corresponde al Estado proveer dicha protección, en Por otra parte, la ley 3907 establece en su Art. 1° que: “La provincia de Río Negro protege y promueve los derechos humanos de los niños y adolescentes, en el marco de la Constitución, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley 23849 y ley provincial 2458 y las Convenciones Internacionales ratificadas por nuestro país.”. La explícita mención a las declaraciones interpretativas y reservas, contenida en la enunciación del precepto, asegura que la protección integral de la niñez para Río Negro, se realiza en el marco de la protección de la vida desde la concepción.

En síntesis, el legislador rionegrino queda obligado a la inderogabilidad por vía hermenéutica de los preceptos constitucionales. a la protección constitucional del derecho a la vida establece la prohibición de tratos crueles y degradantes para “nadie”, y el deber de denunciar de todo agente público.

el Estado se obliga a medidas proactivas de protección de la familia

el Estado se obliga a medidas de protección de los niños, y especialmente a tareas preventivas de cualquier “mortificación” de sus derechos en la ley 3097 de protección de la niñez, el Estado de Río Negro, se inserta en el marco teórico expreso de las declaraciones interpretativas de la Convención sobre los Derechos del niño, por lo cual no cabe duda de que Río Negro protege, con la “argentinidad” el derecho a la vida del niño desde la concepción.

Salta

Salta protege en el Art. 10 de su Constitución provincial, el “respeto y protección de la vida”. Salta, como

pocas, se enrola decididamente en la máxima garantía de todos los derechos del niño. El fraseo del artículo 10 es comprometido: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos." Por otra parte, el Art. 17. establece el derecho de todo ciudadano a ser protegido en su vida.

La misma tesitura comprometida, tiene la ley salteña de protección integral de la niñez. Un ejemplo de humanismo y protección de los derechos humanos sin restricciones y con énfasis.

San Juan

Para la Constitución provincial de San Juan, la vida es un derecho inviolable de las personas (Art. 15). No hace distinción, en torno al hecho del nacimiento o de un determinado estado evolutivo para reconocer este derecho. Para enfatizar, el Art. 22, sostiene que "todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a defender su vida". Y establece que el "Estado protege el goce de estos derechos de los que nadie puede ser privado, sino por vía de penalidad con arreglo a la ley, anterior al hecho del proceso y previasentencia de juez competente. En el caso de incorporación de la pena de muerte en

la legislación nacional, para su aplicación en la Provincia se requiere pronunciamiento unánime a de los miembros de la Corte de Justicia." Todo lo cual demuestra que la posición de San Juan en la defensa de la vida, va más allá de su incorporación republicana a nuestro país. La Corte debería aprobar unánimemente un menoscabo a la vida, como lo sería la incorporación de la pena de muerte. Advértase que el aborto consiste en privar de la vida a un ser humano en estado de dependencia.

El Art. 53 obliga al Estado a la protección de la maternidad con asistencia integral y "garantiza una satisfactoria realización personal de la madre con plena participación laboral, intelectual, profesional, cívica y posibilita el cumplimiento de su esencial función familiar." Así demuestra que es política de mandato constitucional el ejercer medidas proactivas de protección de la vida gestante.

El Estado sanjuanino se preocupa con particular interés en los niños, a los que se obliga a proteger, en especial a los "huérfanos y abandonados, a protección estatal contra cualquier forma de discriminación, de opresión o autoritarismo, en la familia y demás instituciones." Muy interesante resulta este precepto, puesto que excluye cualquier forma de discriminación al respecto. Queda claro que los legisladores no pueden discriminar en virtud de si el niño ha nacido o no, por mandato constitucional.

La definición de niño surge del Art. 2º de la ley 7338, que establece que: "A los efectos de esta ley, se considerará niño a toda persona física desde su concepción hasta los (18) años de edad. Se entenderá a la adolescencia como una etapa especial de la niñez comprendida entre los doce (12) años y los dieciocho (18) años de edad."

En síntesis, los legisladores sanjuaninos tienen el siguiente cuadro legal:

La Constitución provincial protege el derecho a la vida en cualquier instancia, al punto de que de incorporar un menoscabo a ese derecho, que permitiera privar de la vida a un ser humano por ley (pena de muerte) debería ser ratificada por la Corte Suprema de San Juan.

Especialmente se obliga a proteger a la niñez en desamparo y a la familia, lo que obliga a promover políticas proactivas de protección de las madres embarazadas con embarazos no deseados o en situación de riesgo.

Especialmente excluye "cualquier forma de discriminación" o "autoritarismo" respecto de los niños. No hay peor autoritarismo que el sujetar el derecho a la vida o a la muerte del niño a la arbitraria decisión de la madre o de un tercero. La prohibición de discriminación excluye la posibilidad de discriminar por edad o estado evolutivo de la persona.

El niño se entiende explícitamente desde la concepción.

San Luis

La Constitución puntana es otro faro en la defensa sin cortapisas del derecho a la vida. El Art. 13 dispone: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos. Evitar la desaparición forzada de personas es deber indelegable y permanente del Estado Provincial." El Art.

49 dispone un deber positivo del Estado de proteger a la persona humana desde la concepción, lo que obliga a políticas proactivas: "El Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento, y desde éste, hasta su pleno desarrollo."

La Provincia se obliga a proveer a la atención del menor, garantizando su derecho a la educación y a la asistencia, sin perjuicio del deber de los padres y del accionar subsidiario de las sociedades intermedias, y la atención física y espiritual de la niñez y juventud. La Provincia asegura con carácter indelegable, la asistencia a la minoridad protegida y carenciada. Debe adoptar medios para que la internación de menores en institutos especializados, sea el último recurso a emplear en su tratamiento.

En síntesis, la Provincia de San Luis se muestra como una luminaria en materia de compromiso con los derechos humanos desde las fases más tempranas de protección de la vida humana, promoviendo el pleno desarrollo de la niñez; sin discriminaciones.

Santa Cruz

El Art. 6 de la Constitución santacruceña establece que "en ningún caso podrán las autoridades de la Provincia suspender la observancia de esta Constitución ni de la Nacional, ni la efectividad de las garantías y derechos establecidos en ambas". La sanción es la invalidez del acto que excepciones tales garantías y vigencias. El legislador santacruceño está obligado bajo pena de nulidad, a hacer respetar la efectividad de los derechos establecidos en la Constitución en torno al más fundamental de todos los derechos: el derecho a la vida humana para todos, sin excepción o discriminación.

Especialmente, el Art. 8 establece el reconocimiento de los derechos que deriven de la "condición natural del hombre".

Por otra parte, la ley 2879, de salud pública y prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad asegura, en su Art. 10 que: "La madre y el niño tendrán garantizados desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social."

En síntesis, Santa Cruz tiene un firme compromiso con la letra de la Constitución:

al punto de que cualquier acto de excepción de tales garantías, es fulminado sin más con la invalidez. Considerando que la defensa a la vida desde la concepción integra el texto de nuestra Constitución en varios artículos, hay una manda con pena de nulidad de protegerla en este sentido.

Santa Cruz protege, además, los derechos emanados de la "condición natural del hombre"

Se refiere explícitamente al deber de proteger los derechos del niño desde la concepción, en las prestaciones preventivas de la discapacidad.

Santa Fe

Santa Fe tiene una manda constitucional en la que se obliga a la "protección más decidida" a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana. Sus habitantes gozan de libertad religiosa, pero la Provincia está constitucionalmente obligada a proteger a la Iglesia (Art. 3°).

En el Art. 6° se refiere expresamente a que "Los habitantes de la Provincia, nacionales y extranjeros, gozan en su territorio de todos los derechos y garantías que les reconocen la Constitución Nacional y la presente, inclusive la de aquéllos no previstos en ambas y que nacen de los principios que las inspiran." Toda vez que el contexto es el del Art. 3° parece clara la referencia implícita a los principios que en materia de doctrina social y derechos humanos propugna la Iglesia Católica.

En el Art. 7° el "Estado reconoce a la persona humana su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla."

El Art. 8° establece la igualdad ante la ley y dispone que "incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impiden el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad."

El Art. 1° de la ley 12.967 de la ley de promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas

y adolescentes, se enmarca explícitamente en los Tratados internacionales y en la Constitución Nacional, estableciendo su carácter no derogatorio de dichas disposiciones.

En síntesis, el legislador santafesino debe tener en cuenta:

El encuadre de principios emanado del Art. 3° de su Carta Magna, conforme al Art. 6°.

La obligación contraída respecto del igual respeto de toda persona humana y su derecho a la vida.

El encuadre de la legislación de la niñez en el marco regulador de la Convención sobre los derechos del niño, que, para la Argentina, rige positivamente, como obligación internacional, desde la concepción de éstos fuera o dentro del seno materno.

Santiago del Estero

Santiago del Estero es una de las provincias que ha querido mencionar el derecho del niño a la vida desde la concepción. En su Art. 16 dispone: "Derechos individuales. Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida en general desde el momento de la concepción."

El Art. 27 obliga al Estado a la promoción de la familia: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Debe gozar de las condiciones sociales, económicas, culturales y los servicios esenciales necesarios para su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado provincial la protege, facilita su promoción y el cumplimiento de sus fines." En el mismo artículo, dispone que: "El cuidado y la educación de los hijos es un derecho y una obligación de los padres." Y el "Estado provincial asegura su cumplimiento."

Santiago del Estero es otro ejemplo de Carta provincial, que iguala los derechos del hombre a los de la mujer. El hombre no queda excluido de la paternidad. El hijo no es sólo de la mujer, sino de ambos. El Art. 28, obliga al Estado a "emprender acciones positivas a fin de garantizar dicha igualdad." También se obliga en dicho artículo, a dictar un "régimen de seguridad especial de protección de la madre durante el embarazo y el período de lactancia."

En la protección de la infancia, decreta la prohibición de "cualquier forma de discriminación". No puede discriminarse el derecho a la vida del niño, en una suerte de tiranía de los nacidos sobre los no nacidos. También prohíbe el abuso de autoridad familiar. No es posible derogar por ley esta Carta Magna, otorgando una suerte de potestas a la madre, que le permita decidir sobre la vida y la muerte de los hijos. Es un retroceso inaceptable en los derechos de los niños.

Se obliga a penar y prevenir "cualquier forma de mortificación, tráfico o explotación que sufiere."

El Estado provincial, "en caso de desamparo, corresponde al Estado provincial proveer dicha protección, ya sea en hogares adoptivos o sustitutos o en hogares con personal especializado." Se obliga a la nutrición suficiente de los menores.

Además, incorpora explícitamente la Convención sobre los derechos del niño, con las declaraciones interpretativas y reservas: "Declárase vigente en todo el territorio provincial e incorpórase como texto constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobado en el orden nacional por intermedio de la Ley N° 23.849".

En síntesis,

La Constitución santiagueña incorpora explícitamente la vigencia de la Convención con Declaraciones interpretativas y reservas. Esto implica redoblar el mandato constitucional (provincial, nacional e internacional) de proteger la vida desde la concepción.

Se proscribiera el autoritarismo respecto de los niños, por parte de los padres, es tarea del estado prevenir cualquier maltrato o "mortificación de los niños",

El Estado se obliga a medidas proactivas de protección del niño en situación de desamparo.

Tierra del Fuego

Tierra del Fuego, ha querido pertenecer al selecto grupo de provincias que se exigen respetar los derechos humanos sin hacer acepción de personas. En su Art. 14 dispone: "Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida desde la concepción."

El Estado se constituye en garante de la niñez frente al abandono familiar: (Art. 28) "La familia es el núcleo

fundamental de la sociedad y de gozar de condiciones sociales, económicas y culturales, que propendan a su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado provincial la protege y le facilita su constitución y fines. El cuidado y la educación de los hijos es un derecho y una obligación de los padres. El Estado provincial asegura su cumplimiento.”

También, como otras Provincias, ha querido redoblar la protección de la vida, a partir de la incorporación explícita de la obligación que pesa sobre “todas las personas” de respetar la Constitución Nacional y los Tratados: “Art. 31: Todas las personas tienen en la Provincia los siguientes deberes: 1. Cumplir con los preceptos de la Constitución Nacional, de esta Constitución, de los tratados internacionales, interprovinciales y de las demás leyes, decretos y normas que se dicten en su consecuencia.”

La Carta Magna fueguina, como ya habíamos advertido en la Constitución de Río Negro, se promueve la argentinidad, como valores, esta vez, referidos a la formación de base. Por otra parte, se resalta la prohibición de “cualquier forma de discriminación”, así como el “ejercicio abusivo de autoridad familiar”. El Estado se hace cargo de promover la protección del niño en situación de desamparo”. Se pena y se obliga a prevenir “cualquier forma de mortificación de los derechos del niño (Art. 18).

En síntesis,

Todo fueguino se obliga a cumplir redobladamente con los mandatos de la Constitución y los Tratados en orden a la defensa de la vida humana y los derechos humanos sin discriminación.

Particularmente, la Carta Magna fueguina reconoce el derecho a la vida desde la concepción, lo que obliga a sus mandatarios y representantes a respetar dicha Constitución.

Las regulaciones sobre el ejercicio abusivo de la autoridad familiar, y la prevención y pena de cualquier forma de “mortificación de los niños”, parece demostrar a las claras una obligación del Estado de Tierra del Fuego y de sus representantes, de prohibir que los padres decidan si su hijo vivirá o no, durante el período del embarazo (se prohíbe “cualquier forma de discriminación”, en la que obviamente, debe encontrarse la discriminación en función de la etapa evolutiva del ser humano).

Se percibe una obligación de procurar medidas proactivas de protección del embarazo y la maternidad, así como la familia.

II.9. El Código Civil y el reconocimiento del concebido como “persona por nacer” *

El tema del niño por nacer se encuentra ubicado metodológicamente en el Libro I del Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, que trata “de las personas”, Sección I “de las personas en general”. Allí, encontramos la definición de persona, persona física y del comienzo de su existencia. Podemos sistematizar sus disposiciones de la siguiente forma:

El art. 30 dispone que son personas “todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones”.

El art. 51 establece que “todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

El art. 63 establece que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

El art. 70 dispone que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”

El art. 264 original, que regula el instituto de la patria potestad, establecía que es el “conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”. La referencia a la concepción se ha mantenido en la reforma llevada a cabo en 1985 por ley 23.264.

Si consideramos lo relativo al concebido, podemos decir que las disposiciones de los arts. 63 y 70 son concluyentes. Estos preceptos tienen su fuente en Freitas (art. 221 del Esbozo) y el codificador es claro en su nota:

“Nota al art. 63: Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar. El art. 22 del Cód. de Aus-

* Éste capítulo fue redactado por Jorge Nicolás Lafferriere

tria, dice: "Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero". Lo mismo el Cód. de Luisiana, art. 29, y el de Prusia, 1a. parte, Tít. 1, art. 10. Pero el Cód. de Chile, en el art. 74, dice: "Que la existencia legal de toda persona principia al nacer"; pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el Derecho Romano había acciones sobre este punto. *Nasciturus habetur pro nato*. *Nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur*, etc., etc. Se oponen a éstos, otros textos del Digesto. Savigny los explica perfectamente, demostrando que no hay contradicción entre ellos. Tomo II, pag. 11"

Conociendo la equiparación que el derecho romano hacía del concebido con el nacido, Vélez Sarsfield opta por colocar el comienzo de la existencia de la persona en el momento de la concepción y por llamar al concebido "persona por nacer". El art. 51 refuerza el reconocimiento del carácter de persona al ser humano concebido, aún de aquel que hoy es concebido fuera del seno materno por aplicación de técnicas de procreación artificial, ya que es indudable que el embrión, desde que el óvulo es fecundado, presenta signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes.

Algunos sostienen que recién comienza la existencia de la persona por nacer desde su implantación en el seno materno¹. Como hemos visto, la indicación que figura en los artículos 63 y 70 respecto al lugar donde se produce la concepción -en el seno materno- no figura en el texto originario del art. 264. Por otra parte, esta expresión se explica por el momento histórico en que el Código Civil fue redactado, ya que en 1869 difícilmente Vélez Sarsfield podía llegar a imaginarse la posibilidad de concebir seres humanos fuera del seno materno. Por ello, estos artículos deben interpretarse de buena fe, y hacer extensivo el reconocimiento de la personalidad jurídica al concebido fuera del seno materno por técnicas de procreación extracorpóreas, máxime cuando el art. 51 nos indica que no son relevantes cualidades o accidentes².

Del análisis efectuado se puede concluir que el Código Civil Argentino puede ser considerado como uno de los códigos que mejor sigue, en este punto, la tradición romanista y que, en consonancia con dicha tradición, ha traducido en una más sólida definición conceptual la equiparación romana entre concebido y nacido: identifica hombre y persona, y reconoce que el comienzo de la existencia de la persona se

¹ Para el Dr. ARRIBERE, ROBERTO "la concepción se entiende hoy día como el momento en que el óvulo fecundado anida en el útero materno, dando lugar a la gestación y al proceso de diferenciación celular, significado este desconocido por Vélez Sarsfield, aunque intuido como lo dijimos, y con el que debería interpretarse ahora el citado artículo 63 del Código Civil" ("El comienzo de la existencia de la persona humana: ¿un tema sin solución en la República Argentina?" en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Libro de Ponencias, Rosario, 2003, Tomo I, pag. 50). En el mismo sentido se afirma que "la fecundación no es condición suficiente para que comience la existencia de una persona física, si bien es necesaria, hace falta algo más: que adquiera individualidad y esto recién se logra, -al menos por ahora-, sólo en el útero femenino... considerando que la individualidad sólo se adquiere transcurridos los primeros catorce días, una vez lograda la anidación, se puede inferir que es a partir de esta etapa que comienza la existencia de la persona física. En la primera etapa podrá hablarse de persona hipotética o eventual" (BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA VIRGINIA, CERUTTI, MARÍA DEL CARMEN, PLOVANICH, MARÍA CRISTINA, Comienzo de la existencia jurídica de las personas físicas, en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Libro de Ponencias, Rosario, 2003, Tomo I, pag. 66). Estos autores introducen arbitrarias distinciones entre vida humana, individuo y persona que terminan dejando la protección jurídica del concebido a merced de la decisión legislativa. Estas posturas quedaron reflejadas en el despacho de minoría de la Comisión 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) que sostuvo: "Hay que realizar una distinción entre el comienzo de la vida humana y el reconocimiento de la calidad de persona. El inicio de la vida humana no coincide con el comienzo de la persona. Resulta importante conferir protección a la vida humana antes de reconocerle personalidad jurídica" (en <http://jornadas-civil-unr.ucaderecho.org.ar>). Por su parte, el despacho de mayoría reafirmó: "La existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana".

² Desde ya que este reconocimiento de la personalidad del concebido en forma extracorpórea no importa para nosotros legitimación de las técnicas que consideramos contrarias a la dignidad de la procreación y atentatorias contra el derecho a la vida.

produce en la concepción. La categoría de “persona por nacer” resulta por tanto un indudable aporte a la ciencia y la vida jurídica que se ha consolidado y que tiende a ser incorporada en los debates actuales sobre el ser humano concebido³.

³ Podemos citar, en este sentido, la tendencia a declarar el día 25 de marzo de cada año como “Día del Niño por Nacer”. Es una celebración que se extiende como una forma de responder a los numerosos proyectos que proponen la despenalización del aborto. En Argentina este día se ha instituido por Decreto PEN 1406/98, mientras que ha sido establecido oficialmente en El Salvador, Guatemala, Paraguay, Nicaragua, Perú, República Dominicana, entre otros (ver http://www.vidahumana.org/news/gobiernos_dia.html).

II.9. El Código Penal y la protección de la vida humana por nacer*

1. La persona por nacer y el aborto en el Código Penal Argentino

El Código Penal Argentino sanciona el delito de aborto dentro del Título I del Libro II como un atentado contra las personas. A continuación formulamos un análisis sintético de sus disposiciones en torno a la tipificación del delito y a los casos de abortos no punibles.

a) El delito de aborto en el Código Penal Argentino
El Código Penal Argentino tutela la vida de la persona por nacer a través de la figura de aborto en sus artículos 85 a 88. Un sintético análisis de sus disposiciones nos permite advertir que:

i) Resulta significativo que el delito de aborto se ubique entre los delitos contra las personas (título I del Libro II del Código Penal Argentino). Dentro de este título, el aborto se ubica entre los “Delitos contra la vida” (capítulo I). Advertimos de esta forma que, en relación a los debates antes señalados sobre el carácter de persona del concebido y su derecho a la vida, claramente el Código Penal señala estos dos bienes jurídicos (persona y vida) como aquellos a los que protege a través de la figura del aborto.

ii) Este encuadre metodológico entre los delitos “contra las personas”, permite establecer una adecuada vinculación entre el Código Civil Argentino, que señala el momento en que comienza la existencia de la persona en sus artículos 63 y 70, y el código penal. Por ello, Jorge Marín señala que “el Código Civil establece en su artículo 70 que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas. Marca el comienzo de la protección del feto por la ley penal”¹. Al respecto, discrepamos con Edgardo Donna en tanto sostiene que “la personalidad de la persona por nacer no es perfecta sino imperfecta en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida. De acuerdo con ello, no hay duda de que el tratamiento jurídico

1 MARÍN, JORGE L., Derecho penal. Parte especial, Buenos Aires, Hammurabi, 2da. ed., 2008, p. 110.

* Éste capítulo fue redactado por Jorge Nicolás Lafferriere

también debe ser diferente. Y esto es lo que hace el Código Penal. No es posible deducir de los preceptos constitucionales, ya citados, que se exija igual protección de la persona por nacer que de la ya nacida². En realidad, existe acuerdo entre la doctrina en el sentido que la condición resolutoria a la que se hace mención no afecta a la "personalidad" sino a la adquisición de derechos patrimoniales. En efecto, la persona por nacer no posee una personalidad "imperfecta" sino que es plenamente persona para el Código Civil. Lo que sucede es que, cuando se trata de transferir al concebido derechos patrimoniales por "donación" o "herencia" (art. 64 C.Civil), esos derechos quedan sujetos a la condición de su nacimiento con vida. En cuanto a la distinción entre persona por nacer y persona nacida, contrariamente a lo afirmado, cabe sostener que no existe en la Constitución Nacional base alguna para realizar distinciones entre la tutela merecida por la persona en alguna de estas etapas de su única vida.

iii) La tutela penal se realiza a través de dos figuras básicas: causar un aborto sin consentimiento de la mujer (con pena de reclusión o prisión de tres a diez años -artículo 85 inciso 1º del Código Penal-) y causar un aborto con el consentimiento de la mujer (con pena de reclusión o prisión de uno a cuatro años -artículo 85 inciso 2º-). Las figuras agravadas refieren al caso en que el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer (en cuyo caso las penas se elevan hasta 15 años en el caso del inciso 1º del artículo 85 y hasta 6 años en el caso del inciso 2º) y al caso que el aborto fuere cometido por médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos (se imponen las penas del artículo 85 más inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena -artículo 86, primera parte.). La figura prevista en el artículo 85 inciso 2º se complementa con la disposición del artículo 88 en virtud de la cual "será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto, o consintiere en que otro se lo causare". Este artículo 88 también dispone que "la tentativa de la mujer no es punible".

iv) El artículo 87 contempla el denominado "aborto preterintencional", de tal manera que se sanciona con prisión de seis meses a dos años, al que "con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare".

A la luz de las disposiciones anteriores, se concluye que en la legislación positiva argentina, dar muerte a la persona por nacer constituye el delito de aborto y por tanto es una conducta gravemente injusta y prohibida.

b) Los supuestos de abortos no punibles (artículo 86 del Código Penal)

En el marco de los desarrollos precedentes sobre el delito de aborto, corresponde considerar los supuestos de abortos "no punibles" previstos en el artículo 86 del Código Penal: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º Si el embarazo proviene de violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

Estos casos previstos en el Código Penal constituyen supuestos de incoherencia de la legislación positiva con los preceptos constitucionales que defienden el derecho a la vida. En efecto, podemos realizar las siguientes observaciones a los casos de abortos no punibles:

I) En primer lugar, luego de la reforma constitucional de 1994 se verifica un supuesto de "inconstitucionalidad sobreviniente", en tanto las disposiciones del Código Penal dejan sin el adecuado resguardo jurídico al derecho a la vida de la persona por nacer. Son aplicables, al respecto, las consideraciones que se formulan en relación a la necesidad de una tutela propiamente penal de la vida de la persona por nacer.

II) Se afirma que el artículo 86 inciso 1º recepciona lo que se considera un "aborto terapéutico"³. En verdad, el aborto de por sí no es terapéutico, pues no se trata de una acción directa sobre la madre para salvar su vida, sino que es la eliminación directa del niño.

III) En torno a este inciso 1º del artículo 86 corresponde formular una distinción. Si la acción es directamente

2 DONNA, EDGARDO ALBERTO, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 3ra. ed., 2007, p. 169-170.

3 SOLER, SEBASTIÁN, Derecho Penal Argentino, t. 3, Buenos Aires, Tea, 1992, p. 111; DONNA, EDGARDO ALBERTO, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, cit., p. 197.

abortiva, entonces la conducta humana vulnera el respeto debido a la vida de cada persona. Una legislación que desproteja a la vida en este caso, como lo es el actual artículo 86 inciso 1º, resulta inconstitucional por ser contraria al derecho a la inviolabilidad de cada vida humana. Ahora bien, corresponde distinguir este caso del aborto que se produce como efecto indirecto no deseado. Al respecto, Domingo Basso enseña que para que no sea éticamente reprochable el aborto como efecto secundario no deseado es necesario: "1) que la acción de la cual se trata sea una acción en sí misma buena o, por lo menos, indiferente en abstracto, pues siempre será ilícito realizar un acto malo aunque el efecto sobreviniente sea óptimo; 2) que el efecto malo no sea intentado por el agente de igual modo que el bueno o, en otros términos, que el malo no sea también querido; 3) que el efecto bueno especifique la acción o, por lo menos, no dependa del malo como de su causa inmediata y necesaria; si de la acción se siguiera primeramente el efecto malo y de éste el bueno, los efectos malo y bueno estarían en relación de medio a fin, y nuevamente se procedería por el falso principio de que el fin justifica los medios; debe, por consiguiente, darse simultaneidad en la producción de ambos efectos; 4) que el daño producido por el efecto malo no supere el bien pretendido con esa acción o, en otros términos, para permitir el efecto malo debe darse una causa proporcionalmente grave"⁴. Por ello, consideramos que no configuraría el delito de aborto una intervención de médico diplomado que tuviera como finalidad directa la curación de la madre, estando en peligro inminente su vida, y no existiendo otras formas de evitar tal peligro, y se produjere un aborto en forma indirecta⁵.

IV) Por su parte, el supuesto contemplado en el artículo 86 inciso 2º, más allá del debate sobre sus alcances, también es merecedor de un reproche constitucional, pues no existe razón suficiente para quitar la vida de la persona por nacer por el sólo hecho de que ha sido concebida como fruto de una violación de una mujer idiota o demente. Al mal que de por sí constituye la violación, se suma el mal del aborto. Además, la aplicación de este caso a las mujeres idiotas o dementes, constituye una inaceptable forma de eugenesia que vulnera la dignidad de las personas.

V) En ambos supuestos, por otra parte, nos encontramos ante situaciones de "no punibilidad", de modo que no es aceptable afirmar que se trata de un "derecho", como pretenden algunos proyectos legislativos. En todo caso, tales pretensiones confirman cómo, en los hechos, la despenalización se equipara a la legalización, con la consiguiente desprotección del derecho a la vida.

Por lo expuesto, concluimos que los supuestos de no punibilidad contemplados en el Código Penal son inconstitucionales por violar el derecho a la vida⁶.

2. Despenalizar equivale a legalizar: la necesidad de una protección penal de la vida humana por nacer

El carácter injusto del aborto conlleva la necesidad de una tutela efectiva de la vida humana. Como sostiene D'Agostino, "el derecho está autorizado a intervenir en el tema del aborto como práctica social (autorización relevante desde el punto de vista ético), porque tiene el deber general de intervenir cada vez que el equilibrio relacional se vea turbado, trastornado o violentado, cada vez que las esperanzas de un sujeto «débil» se vean amenazadas o aplastadas por las pretensiones de un sujeto «fuerte»"⁷. Se plantea, entonces, la cuestión de si la vía idónea para la tutela del bien "vida humana" del concebido es la vía penal.

En este sentido, algunos alegan que existen otros mecanismos para proteger la vida humana y, reconociendo

4 BASSO, DOMINGO, *Nacer y morir con dignidad. Bioética*, Buenos Aires, Depalma, 3ra. ed. ampliada, 1993, ps. 391-392.

5 Para mayor desarrollo del tema remitimos a nuestro artículo: LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS, "Reflexiones sobre el llamado "aborto terapéutico", en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 2005, Tomo 214, p. 95.

6 "Ambos incisos del art. 86 CPA, debieran ser derogados por inconstitucionales, en tanto son inaplicables. Todo lo contrario de la pretensión de convalidarlos, y más aún, de ampliarlos..." (ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA E., "El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible", cit., p. 3).

7 D'AGOSTINO, FRANCESCO, *Bioética. Estudios de filosofía del Derecho*, traducción de Guylaine Pelletier y Jimena Licitra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 213.

do en el aborto una conducta disvaliosa, consideran que no es indispensable su tipificación como delito. Al respecto, como afirma Andrés Ollero, “entender que despenalizar una conducta supone optar por la neutralidad, sustrayéndose de la necesidad de emitir un juicio moral, rebosa simplismo”⁸.

Por ello, consideramos que la prohibición de la conducta de abortar se debe traducir también en una norma penal por algunas razones fundamentales:

I) La importancia de la vida humana como bien jurídico exige una tutela penal: el tema ha sido muy bien tratado por Carlos Mahiques en su voto en un fallo del año 2006 relacionado con un caso de aborto en la Provincia de Buenos Aires. Sostiene allí Mahiques que “...en un estado de derecho la definición de las conductas penalmente relevantes se encuentra gobernada por los principios de ultima ratio y lesividad, en cuya virtud sólo pueden sancionarse penalmente aquellas acciones u omisiones que afecten, al menos potencialmente, al bien jurídico protegido. Es en razón de aquellos imperativos que no basta la mera contradicción formal de la actuación con los términos contenidos en la norma de prohibición porque la exigencia de que el Derecho Penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos constituye una garantía fundamental inherente a la concepción de esta rama jurídica en el marco del estado de Derecho. Tanto más, cuando de esta manera se asegura la vigencia del principio de proporcionalidad ya que la intervención punitiva no habrá de resultar proporcionada si no se la justifica por la necesidad de protección de aquellas condiciones fundamentales de la vida en común, y con el objeto de evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas”⁹.

II) La insuficiencia de una tutela meramente civil: “No existe razón real de política criminal para no punir el aborto, como las que a veces se dan en otros supuestos de conductas ilícitas (desistimiento voluntario de la tentativa de delito –artículo 43 Código Penal; hurto entre parientes –artículo 185 Código Penal-, etc.) y aún lo que en la doctrina penal se denomina «estado de necesidad disculpante». El derecho civil por sí solo, aún con reconocimiento normativo expreso de su ilicitud, sería en los casos de aborto voluntario de la madre, estéril como medio de protección de la persona por nacer y una vana declamación legislativa que no tendría aplicación ni siquiera por vía de daños y perjuicios”¹⁰.

III) La función docente de la ley penal: la despenalización “contribuye a difundir en el imaginario social una relativización del valor de la vida, con las consecuencias que ello comporta”¹¹. Luis Velasco aborda el tema y señala que “la norma penal tiene un efecto educacional y su despenalización o legalización genera indefectiblemente una confusión moral en la sociedad que vuelve inútil cualquier otro tipo de herramienta que pueda brindar el resto del ordenamiento jurídico”¹². En el mismo sentido, Eduardo Codesido y Siro de Martini, comentando a Santo Tomás de Aquino, señalan que la necesidad y utilidad de la ley penal humana obedece a un doble motivo: por un lado, una finalidad educativa y por el otro, la necesidad social de imponer la paz en la convivencia humana¹³.

8 OLLERO, ANDRÉS, Bioderecho. Entre la vida y la muerte, Navarra, Editorial Aranzadi, 2006, p. 247.

9 SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, causa Ac. 98.830, “R. , L.M. , ‘NN Persona por nacer. Protección. Denuncia’”, 31/7/2006.

10 FORO UCA VIDA Y FAMILIA, “La ilegitimidad del aborto en el régimen jurídico argentino”, en FORO UCA VIDA Y FAMILIA, Persona, vida y aborto. Aspectos jurídicos, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2007, p. 12.

11 SERNA, PEDRO, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”, en AA.VV., El Derecho a la Vida, MASSINI, CARLOS I., SERNA, P. (editores), Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A. - EUNSA, 1998, p. 67.

12 VELASCO, LUIS, “Legitimación y eficacia del derecho penal”, en Revista El Derecho Penal, Editorial El Derecho, Buenos Aires, abril de 2008, n. 4, p. 22.

13 CODESIDO, EDUARDO, DE MARTINI, SIRO, El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, Universitas, 2005, p. 62.

IV) La ineficacia de la despenalización para la disminución del número de abortos: Spaemann analiza el argumento de la supuesta ineficacia de la protección penal y concluye que la experiencia demuestra que donde se ha despenalizado el aborto crece el número de abortos legales, como sucedió en Inglaterra, donde se pasó de 7.000 abortos en 1964 a 156.000 en 1972 luego de la despenalización¹⁴. Al respecto, sostiene que los partidarios de la despenalización ignoran “la capacidad de las sanciones penales para fundar normas. Esto es así especialmente en sociedades secularizadas, en las que se ha reducido la capacidad de la religión para conformar las costumbres. En ellas, la ley penal sigue estando considerada como el límite por el que es fijado el «mínimo ético». Y no hay que olvidar tampoco que la ley penal es en manos de la mujer un apoyo, y con frecuencia el único, para oponerse a la presión del progenitor que la empuja a abortar”¹⁵.

V) La despenalización equivale a la legalización: Daniel Herrera sostiene que “sin perjuicio de la distinción teórica, respecto de sus efectos prácticos la despenalización del aborto se asimila a su legalización, puesto que es tomada como una autorización (tal como ha sido utilizada en varios casos recientes de público conocimiento), no sólo para la mujer, sino también para los médicos, personal sanitario e instituciones de la salud”¹⁶. Ello es particularmente aplicable al ámbito de las Constituciones liberales. Ante las normas que disponen que todo lo que no está prohibido está permitido (cfr. artículo 19 de la Constitución Nacional), la despenalización del aborto supone la permisón de la conducta de eliminar la vida del concebido. Ello vulnera las exigencias de la justicia que en las relaciones de alteridad supone respetar lo “debido” de cada uno y el primer bien debido es el de la vida.

VI) Los preceptos negativos de la ley natural no admiten excepciones: Además, en el movimiento de lo general hacia lo particular, desde los primeros principios de la ley natural hacia la legislación positiva, debemos tener en cuenta la distinción entre preceptos negativos y preceptos positivos. De este modo, mientras que en relación al precepto positivo “promover y respetar la vida”, la legislación positiva puede establecer la obligatoriedad de ciertas conductas (por ejemplo, el uso del cinturón de seguridad al manejar automóviles) y no mandar otras, los preceptos negativos obligan siempre y la ley positiva no puede legitimar la conducta prohibida ni establecer excepciones a dicha prohibición. El carácter de ilícito conlleva la obligación de no realizar el acto nunca, como reconocía el Digesto de Justiniano: “Las acciones que atentan contra las buenas costumbres han de ser consideradas como acciones que nos es imposible ejecutar” (Digesto, XXVIII, 7, 15). En definitiva, la ley debe garantizar una protección integral de la vida del ser humano por nacer y ello necesariamente incluye la protección penal, como lo señala agudamente Arias de Ronchietto: “el bien humano ético-jurídico a defender es el resguardo integral: penal, civil, constitucional, del derecho a la inviolabilidad de cada vida humana, por serlo; porque es fundamental. El derecho es uno, de modo que, desde todas sus ramas, entre ellas, la protección penal de la vida es irrenunciable: su enérgica advertencia está destinada a exaltar de modo especial el resguardo de los bienes fundamentales de la convivencia social de una Nación. La estrategia de ‘despenalizar el aborto’ es la de dividir para mermar y reinar”¹⁷.

14 SPAEMANN, ROBERT, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Traducción de Javier Fernández Retenaga y José Mardomingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias S.A., 2003, p. 342.

15 SPAEMANN, ROBERT, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, cit., p. 343.

16 HERRERA, DANIEL, “La relación entre la ley moral y la ley jurídica en la *Evangelium Vitae*”, en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, n. 12.043, 7 de julio de 2008, p. 10.

17 ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA E., “El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible”, en *El Derecho*, Buenos Aires, n. 12.024, 9 de junio de 2008, p. 1.

AUTORIDADES DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

Rector

Pbro. Dr. Víctor M. Fernández

Vicerrectora de Asuntos Académicos

Dra. Beatriz Balián de Tagtachian

Vicerrector de Asuntos Económicos

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

Vicerrector de Asuntos Institucionales

Lic. Ernesto J. Parselis

Secretario Académico

Dr. Santiago Bellomo

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Gabriel Limodio

Vicedecano

Dr. Daniel Herrera

Secretario Académico

Dr. Néstor Raymundo

Prosecretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Nicolás Lafferriere

Director de Posgrado

Dr. Gustavo Costa Aguilar

