



EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto

por RODOLFO C. BARRA

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. 1. DERECHOS HUMANOS ¿PARA TODOS? 2. EMBRIONES EXPÓSITOS. – II. EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO. 1. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 2. LOS DERECHOS DEL POR NACER EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. 2.1. Los tratados constitucionales. 2.2. Los derechos del por nacer en los tratados constitucionales. – III. LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRA CORTE SUPREMA. 1. EL CASO “TANUS”. 2. EL CASO “PORTAL DE BELÉN”. 3. EL CASO “SÁNCHEZ”. 4. EL CASO “F. A. L.”. 4.1. La norma penal. 4.2. Los desaciertos jurídicos de “F. A. L.”. 4.2.1. El art. 75.23 de la Constitución Nacional. 4.2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. 4.2.3. La Convención sobre los Derechos del Niño. 4.3. “F. A. L.” y el aborto absolutamente libre. 5. EL FALLO “ARTAVIA MURILLO”. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. 6. LA PROTECCIÓN PENAL.

I Introducción

1. Derechos humanos ¿para todos?

Con el siglo XXI ya avanzado es conveniente dar un vistazo retrospectivo para valorar lo que dejamos atrás en materia de derechos humanos y el (¿siempre?) inacabable camino que resta por recorrer. Realmente el siglo pasado fue trágico en esta materia: las feroces guerras mundiales, los totalitarismos, las grandes matanzas, el Holocausto. Pero la tragedia ha tenido un final feliz. El nazismo perdió la guerra caliente y el comunismo lo hizo con la guerra fría. La defensa de los derechos humanos es ya un dato cultural de la época, quizás el signo sobresaliente de esta nueva etapa de la humanidad.

Sin embargo, estas buenas noticias se ven empañadas por la pobreza extrema que agravia a un gran porcentaje de la población de la tierra. También porque aún existen seres humanos desprotegidos, mediatizados, manipulados, discriminados, sometidos a vejámenes, agravios físicos y morales, privados injustamente de sus vidas.

El problema, la tragedia, es que aquellas situaciones calamitosas ocurren ya no por accidente o por circunstancias de excepción –una guerra, un gobierno tiránico–, sino por

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El embrión es un “tercero” respecto de la madre, de acuerdo al art. 19 de la Constitución Nacional y el aborto, por sus efectos, no puede ser considerado un derecho a la salud de la embarazada*, por DÉBORA RANIERI DE CECHINI, ED, diario n° 14.404 del 11-5-18; *Inconstitucionalidad e inconventionalidad de los proyectos de aborto libre*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, diario n° 14.404 del 11-5-18; *Aborto vs. autonomía personal: un análisis desde la Constitución Nacional*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, diario n° 14.404 del 11-5-18; *Mujer, aborto y derechos humanos*, por ÚRSULA C. BASSET, ED, diario n° 14.404 del 11-5-18; *Aborto y derecho penal en Argentina*, por SEBASTIAN SCHUFF, ED, diario n° 14.407 del 16-5-18; *Aborto y presiones sobre la mujer*, por JOSÉ E. DURAND MENDIOROZ, ED, diario n° 14.413 del 24-5-18; *El aborto y los tratados internacionales de derechos humanos*, por JORGE OCANTOS, ED, diario n° 14.416 del 30-5-18; *La causal “salud” en los proyectos de aborto y el informe del jefe de Gabinete*, por MARÍA BERNARDITA BERTI GARCÍA y JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, diario n° 14.420 del 5-6-18. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

la persistencia de una cultura que se niega a reconocer la dignidad de lo humano en todas sus manifestaciones, por una cultura que merece ser calificada como la “cultura del descarte y de la muerte”.

El debate acerca de la preeminencia de la persona sobre la sociedad, o de esta sobre aquella; de la existencia de derechos naturales regidos por una ley también natural y creadora de la sociabilidad en el hombre, o bien de derechos creados por el hombre –en realidad, por el Estado– ha sido una constante en el pensamiento occidental.

Sin negar la trascendencia de tal debate ni sus consecuencias prácticas, aquellas posturas –con excepción de la que afirma la superioridad de lo social/estatal– se sustentan en una verdad fundamental: el ser humano es un sujeto portador de derechos que no son creados desde el poder y pueden ser hechos valer ante y contra él. Esta es la grandiosidad del mensaje judeocristiano, de la filosofía aristotélico-tomista, pero también, en la sustancia, del Iluminismo y sus grandes expresiones revolucionarias en Estados Unidos y Francia en los finales del siglo XVIII.

Aquella idea central –la preeminencia del ser humano– fue imponiéndose no sin dificultades y retrocesos. Paradójicamente, a pesar de los avances, nunca en Occidente se llegó a afirmar con fuerza y claridad –y puesto en práctica con la brutalidad con que se lo hizo en el siglo anterior– la *totalidad del Estado*, es decir, la ideología según la cual el Estado asume en sí mismo la *totalidad de los derechos*, aunque sea para otorgárselos a sus súbditos. Esta es la raíz intelectual del *Estado totalitario*, que no quedó en una mera creación de la mente, sino que se convirtió, trágicamente, en una realidad concreta, llevada a su expresión máxima con el nacionalsocialismo y el comunismo.

El período nazi fue un punto de inflexión en esta cuestión. Hasta el colapso del nazismo –a pesar de las matanzas en masa ordenadas por Lenin y Stalin– no se había formulado una concepción de los derechos humanos con valor y eficacia de *idea fuerza universal*. Los horrores del nazismo, que llevaron la furia del totalitarismo hasta el genocidio, fueron como el disparador de la formulación positiva y sistemática de los derechos humanos, lo que había estado latente más de veinte siglos (por lo menos desde Aristóteles), desarrollado en los tratados de filósofos y teólogos, proclamado por la Iglesia, afirmado por los pueblos cristianos, hasta –reitero– manifestarse en expresiones concretas aunque parciales –verdaderos anticipos de la Declaración Universal de 1948– en las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII.

Es que el reconocimiento de los derechos humanos ha seguido en la historia un proceso evolutivo. Primero, sus aproximaciones intelectuales, las disputas de teólogos, filósofos, juristas y políticos. También su vigencia cultural con el cristianismo, aun cuando no llegó a colmar la totalidad de sus aplicaciones prácticas. Más adelante, como respuesta frente a exigencias de circunstancias antes inexistentes o no advertidas, sus reconocimientos parciales para situaciones concretas o como inspiradores de movimientos políticos de profunda raíz intelectual revolucionaria.

Como lo adelanté más arriba, a partir de la finalización de la última gran guerra, la situación es distinta: se ha llegado a un reconocimiento universal de los derechos humanos, concepto que tiene categoría jurídica y política pro-

pia, con efectos expansivos horizontales y verticales –para todas las naciones y para todos los seres humanos– con pretensión de vigencia jurídica –es decir, coercitiva– universal, aunque todavía sin una vigencia igualmente efectiva en todo el mundo.

Para la definitiva vigencia de los derechos humanos faltan aún muchos pasos. Todavía hay naciones que no han adherido a la Declaración Universal de la ONU. Otras no la cumplen en la práctica y no solo ocasionalmente, sino de manera sistemática. Recordemos que acabamos de salir del comunismo soviético, pero aún hay otras variantes del comunismo en el mundo. La Declaración, además, carece, en sentido estricto, de vigencia jurídica, pues no existe todavía una autoridad supranacional capaz de imponer, con total neutralidad, el respeto de los derechos humanos en cualquier rincón de la Tierra, aun en las naciones más poderosas.

Pero todo es parte del proceso evolutivo que antes señaláramos. Fue necesaria la cruda experiencia del nazismo para que la ya más que cincuentenaria Declaración viera la luz. Más tarde se advirtió que la Declaración era para todos los seres humanos en general, pero había necesidades por satisfacer especialmente en beneficio de determinadas categorías de seres humanos: *los derechos debían ser especificados*. Las mujeres, los niños, los que padecen persecución por razón de la raza, como también la especificación de esos derechos en lo político o en lo económico, o según la región. Nacieron así –con el efecto multiplicador de los derechos humanos de que habla BOBBIO– las respectivas declaraciones, pactos, convenciones protectoras de tales derechos específicos. También se avanzó mucho en la vigencia jurídica supranacional –insisto, coactiva–, como lo muestra la dirección que siguen los sistemas europeo y, con excepciones, americano. Hay casos especiales de fuerte vigencia jurídica en lo interno, de lo cual es ejemplo sobresaliente la Constitución argentina luego de la reforma de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a la Declaración Universal y a los principales documentos internacionales sobre derechos humanos, permitiendo incluso la sucesiva inclusión de otros documentos de la misma naturaleza en el cuerpo constitucional, como lo veremos más abajo.

Falta mucho todavía, porque son muchas las necesidades humanas que tienen que ser satisfechas con específicas declaraciones de derechos.

El Preámbulo de la Declaración Universal dice: “Considerando que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”. Los legisladores universales tenían ante sí el holocausto y la tiranía, el *Führerprinzip* y el mito de la dictadura del proletariado (en realidad, la dictadura de la burocracia del partido) en el totalitarismo colectivista. La humanidad había tocado fondo. Y, luego de una guerra terrible, la Declaración era su anhelo desesperado.

Pero siempre nacen otros anhelos tan desesperados como aquel, otros “actos de barbarie ultrajante para la conciencia de la humanidad”. Hoy, en los ámbitos intelectuales, de médicos, biólogos, filósofos, juristas y políticos se comienza a tomar conciencia del *ataque a los derechos básicos de la criatura humana más desprotegida: el por nacer*, que no vota, no consume, no protesta, no es revolucionario. En esos mismos ámbitos se ha empezado a hablar de la necesidad de una Declaración de Derechos del Embrión Humano –en general, del por nacer, del *nasciturus*, en la clásica denominación romanista– que impida la eliminación masiva de seres humanos inocentes por el aborto, la destrucción de embriones y su manipulación, congelación, degradación.

Algo se ha comenzado a transitar en ese sentido. Así, hay que destacar la firma de la “Convención para la protección de los derechos humanos y de la dignidad de los seres

CONTENIDO

DOCTRINA

El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto, por Rodolfo C. Barra..... 1

humanos con relación a la aplicación de la biología y de la medicina: Convención sobre derechos humanos y biomedicina”, en Oviedo, España, el 4-4-97⁽¹⁾. En realidad, esta convención peca por insuficiente, pero tiene la virtud de generar el análisis de la cuestión en el marco del derecho internacional de los derechos humanos con algunas afirmaciones positivas.

Así, en su preámbulo las partes firmantes reconocen que “el mal uso de la biología y de la medicina pueden conducir a conductas que ponen en peligro la dignidad humana” y que es necesario tomar medidas para “salvaguardar la dignidad humana y la libertad y derechos fundamentales de los individuos con relación a la aplicación de la medicina y la biología”. Por ello, obliga a todas las partes a establecer, en su derecho interno, las normas jurídicas necesarias para proteger la “dignidad e identidad de todos los seres humanos y garantizar a todos, sin discriminación, el respeto por su integridad y otros derechos y libertades fundamentales con respecto a la aplicación de la biología y de la medicina” (art. 1º), ya que “el interés y bienestar de los seres humanos deben prevalecer sobre el exclusivo interés de la sociedad o la ciencia” (art. 2º). Así, se prohíben las intervenciones en el genoma humano, salvo con propósitos de diagnóstico o terapéuticos (art. 13), también la selección de sexos, excepto (lo que es criticable) para evitar serias enfermedades hereditarias vinculadas con el sexo (art. 14). Obliga a asegurar adecuada protección al embrión en los casos en que la ley autorice la investigación sobre embriones *in vitro*, aunque prohíbe la creación de embriones humanos solo con propósitos de investigación (art. 18).

Es poco, pero es un comienzo. Una vez más los humanos reaccionamos frente a estímulos. Después del estado totalitario y el genocidio comenzaron las más efectivas declaraciones internacionales de derechos humanos. Después de excesos científicos (?) viene esta reacción, todavía limitada y parcial.

La manipulación del embrión humano o la barbarie del aborto del “parcialmente nacido” (de conflictiva práctica en Estados Unidos) conducirá inevitablemente al reconocimiento del estatuto jurídico del por nacer en el ordenamiento internacional de los derechos humanos. Debemos tener confianza en ello, ya que de lo contrario no confiaríamos ni en el hombre ni en la Providencia. Pero también debemos trabajar arduamente en tal sentido para que la justicia reine antes, sobre todo antes del daño. *Del daño que sufre cada uno de esos pequeños seres humanos indefensos que en este mismo momento son ultrajados, congelados, asesinados.*

2. Embriones expósitos

Cinco mil embriones “destruidos” (?) “desechados” (?) “asesinados” (?) en Gran Bretaña por aplicación de una ley que fija un “plazo de mantenimiento” de los embriones congelados, supernumerarios de prácticas de fertilización artificial.

La noticia conmovió en su momento a la opinión pública mundial, dejando latente la pregunta –cuya respuesta ayudaría a despejar las dudas del comienzo– acerca del “estatuto ontológico” del embrión humano (EH).

Este fue el tema analizado por el *Comitato Nazionale per la Bioetica* que dio a conocer sus conclusiones en Roma el 27-6-96⁽²⁾.

El Comité reconoce que ciertas prácticas médicas de fin lícito pueden, como medio o como consecuencia, provocar el daño o supresión del EH. ¿Son tales prácticas moralmente lícitas frente al deber, universalmente reconocido, de no dañar al otro? ¿Se aplica este principio al EH? ¿Es el EH un ser humano?

Claro que –agregamos al informe– si se trata de un “embrión humano”, tiene que participar, de alguna manera, de la “humanidad”. Pero ello es predicable en distintos sentidos. Puede serlo por “atribución”; así decimos que una cosa de miles de años de antigüedad es un objeto humano porque fue creada y utilizada por el hombre. También puede serlo por “constitución” o “pertenencia intrínseca”: los restos momificados hallados en los Andes peruanos son “humanos” porque constituyeron el cuerpo de un ser humano, pertenecen al hombre. Si el EH es humano en estos sentidos, no difiere de una cosa a la que le otorgamos una especial consideración por ser creación del hombre o por haberlo constituido.

Pero también se denomina “humano” al mismo hombre, al animal racional. No se trata de una perogrullada, ya que no siempre se aceptó que todos los hombres son humanos (dotados de dignidad humana).

¿Lo eran (para ciertos conquistadores) los indios? ¿No eran cosas los esclavos en una etapa del derecho romano?

El Comité evita ceñirse a una utilización del término “humano” que pueda ser ambivalente o tener remedos discriminatorios. Su pregunta es más práctica y, en cierto sentido, más profunda. ¿El EH es persona? Si lo es, por un lado, refuerza la obligación moral de protegerlo y, por otro, genera el derecho de tutela.

El informe también evita utilizar una concepción de “persona” de consecuencias igualmente discriminatorias. Es decir, definir a la persona por sus propiedades o funciones de las que es capaz: capacidad de reflexión, de autoconciencia, de autodeterminación, de comunicación intersubjetiva, de representaciones simbólicas. Tomando en cuenta algunas de estas funciones, habría seres humanos que no serían personas y sí, en cambio, lo serían ciertos animales o cosas robóticas.

Para el Comité, “ser persona en el sentido ontológico, es una simple consecuencia de la posesión de la naturaleza racional”. Como la racionalidad es connatural a lo humano, “la simple posesión de la naturaleza humana implica para cada individuo humano el hecho de ser persona”. Por supuesto que esta racionalidad –se admite– se manifiesta según un proceso evolutivo y puede ser más o menos ampliamente impedida por circunstancias accidentales, y hasta desaparecer totalmente en su manifestación externa, lo que no excluye el reconocimiento de la dignidad humana en el carenciado.

Para calificar al EH como persona debe darse una adecuada respuesta a los problemas de la “individualidad” y de la “identidad”. Desde cierta perspectiva –que el Comité admite– la persona se caracteriza por su individualidad, y esta última surge a partir de la permanencia en la auto-identidad durante toda su existencia. Se es uno porque se es, siempre, uno mismo. ¿El EH tiene individualidad, en el sentido de estar determinado en su identidad? ¿A partir de cuándo?

La individualidad –cabe reiterar– se caracteriza por la permanencia –desde el inicio hasta el fin de la existencia– de una misma identidad en el ser así individualizado. Yo soy yo –joven, viejo; no educado, educado; sano, enfermo– desde mi principio hasta mi fin. Por conservar permanente mi identidad ontológica –identidad del ser– soy un individuo.

Lo humano ya no se identifica por las características “morfofuncionales” –composición, aspecto y comportamiento básico– de un ser. El actual desarrollo de la ciencia genética permite identificar lo humano por el ADN que se encuentra en el ser en cuestión. Este es el “depositario de aquellas características que acompañan a todo ser viviente desde el primer al último instante de su historia”. Desde su constitución cigótica –desde la fusión de los gametos, afirma la Comisión– el EH posee un ADN “que contiene secuencias específicamente humanas”. Este dato biológico permite atribuir al EH naturaleza humana desde la fecundación. Como ya vimos, si posee naturaleza humana, es persona.

Una afirmación muy importante: desde la fecundación el ADN es portador de un “programa de desarrollo” que, en el transcurso normal de su evolución, manifestará a un individuo humano con las características morfofuncionales que conocemos, en un “desarrollo endógeno [que] no puede conducir a un resultado diverso”.

La individualidad exige la identidad consigo mismo. El EH es “en sí mismo”, es decir, no pertenece al sistema biológico de otro individuo. *Está en la madre* –hoy hasta podría no estarlo físicamente (maternidad subrogada)–, *pero no es de la madre*. Es, parafraseando a JASPERS, la “ensimismidad” (ser en sí mismo) del EH lo que lo individualiza. Al ser en sí mismo no puede ser sino idéntico a sí mismo, de lo contrario se violaría el principio de no contradicción.

La individualidad de un ser, junto con la ensimismidad, se caracteriza por la *alteridad*, ya que solo se puede ser uno mismo si se es otro con respecto al resto de los seres. El EH es “otro” con relación a la madre y al resto de los “otros” del universo. Junto con la ensimismidad y la alteridad, el individuo EH se destaca por la “complejidad” o por su generación compleja a partir de seres distintos. Sin duda, además, el EH es un individuo vivo, sujeto a un proceso *evolutivo*, es decir, con cambios biológicos a través del tiempo.

El EH es un individuo vivo, ¿a qué especie pertenece? No es un vegetal, no es un animal no racional. El sentido común nos indica que es un ser humano: “¿Cómo un individuo humano podría no ser persona humana?”, nos pregunta con angustia el papa JUAN PABLO II en el n° 60 de su encíclica *Evangelium vitae*.

El informe describe las fases o estadios fundamentales del desarrollo embrionario durante los 56 días que van desde la fecundación hasta el comienzo del período fetal. En el primer día se asocian ambos patrimonios genéticos para, ya en el segundo día, comenzar la actividad de transcripción de la información genética contenida en el cigoto, que es la que otorga las características específicas del individuo.

Es cierto que hasta el cuarto o quinto día las células del EH son “multipotentes”, es decir, podrían generar más de un individuo, pero aun así no es posible afirmar con certeza que esta circunstancia afecte a la identidad del EH en su momento precoz, contrariamente a la duda que arroja el informe, ya que dicha posibilidad (o su contraria) se encuentra en el mismo programa genético establecido en el momento de la fecundación. Se trata de un proceso genético en el que cada etapa depende de la otra, la anterior define a la posterior en una unidad de información genética. *Así, la identidad genética comienza con la fecundación* y en el EH precoz (anterior al sexto día) podrían encontrarse uno o más individuos con su propia identidad que se diferenciarán en el momento correspondiente. Es un supuesto, en los casos excepcionales de gemelos, de “individualidad participada” –es decir, dos seres personales que participan provisionalmente de una misma individualidad– en un conjunto celular vinculado por una determinada información o programa que los identifica a cada uno de ellos en tal conjunto. Es decir, en el primer estadio de su evolución el EH podría “contener” a más de una persona, pero esto no autoriza a negar la naturaleza personal de ambas. Debe advertirse que el individuo se caracteriza por no poder ser dividido, pero en el caso no estamos en presencia de una división, sino de una generación. No se divide lo mismo, sino que se generan dos realidades diferentes pero preexistentes a partir de un programa ya preestablecido.

Debe señalarse, haciendo un paréntesis sobre el informe comentado, que el reconocimiento unánime de la Comisión de la identidad personal del EH a partir de, por lo menos, el sexto día desde la fecundación excluye la admisibilidad del aborto, por lo menos en su práctica habitual, siempre posterior a aquel momento. Sobre todo destruye la tesis de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo abortista “Roe vs. Wade” (410 U.S. 113; 1973), negatoria de la personalidad del EH y basada en la viabilidad del nacimiento, con su doctrina de los tres trimestres, como también destruye la corrección parcial de esa jurisprudencia, según el caso “Planned Parenthood vs. Ashcroft” (462 U.S. 476; 1983) y su doctrina de la “viabilidad”. Por lo menos desde un momento tan temprano como el sexto día estamos en presencia de un indudable ser humano, una persona que merece la tutela de la ley y el respeto de los que son, sin duda, sus semejantes, en el sentido ontológico del término.

Así, entonces, quienes niegan la individualidad del EH precoz sostienen que este carece de identidad por la posibilidad de desarrollar más de un individuo humano, en un proceso que denominan de “reidentificación”, lo que probaría la falta de identidad individual, ya que dos no son lo mismo que uno. Pero esto es solo una hipótesis. ¿Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que en el EH, aún formado por células multipotentes, no se encuentra identificado –en su completo programa genético– un, o eventualmente más de uno, individuo humano? Cualquiera fuese la conclusión sobre este debate, carente todavía de una respuesta científica cierta, lo cierto es que aun en la hipótesis de la “no individuación” –siempre durante los primeros seis días– el EH merece un tratamiento acorde con la dignidad humana, aunque la duda pudiese justificar una excepción penal frente a una práctica abortiva química o física.

Unánimemente el Comité concluye en que el EH no es una cosa: pertenece a la especie humana (claro que todo lo que pertenece a la especie humana es un ser humano, no hay otra categoría conocida). Aun quienes plantean el problema de la reidentificación admiten que el EH precoz “posee el estatuto ontológico de una estructura biológica humana específicamente organizada”, es decir, es humano, un ser humano en estado, precisamente, embrionario, lo que no quita ni disminuye su humanidad. Fundamentalmente, en el seno del Comité prevaleció la tesis según la cual la identidad personal del EH existe y permanece desde la fecundación. Para algunos de sus miembros, esta es una tesis de certeza; para otros, posee un elevado grado de plausibilidad.

En respuesta a estas dudas, la Academia Pontificia Pro Vita, a través del destacado biólogo Mons. Elio Sgreccia ha difundido conclusiones y formulado comentarios con relación al congreso científico convocado por la Academia y celebrado los días 27 y 28 de febrero de 2006 bajo el título

(1) Ver <http://www.filosofia.org/cod/c1997ast.htm>.

(2) Ver <http://bioetica.governo.it/it>.

lo “El embrión humano en la fase de la preimplantación”⁽³⁾. Allí se advierte que “... el fenómeno de los gemelos se ha explicado con la teoría según la cual el individuo embrional, ya constituido desde la fecundación, da origen a otro individuo que inicia un proceso vital independiente con un patrimonio genético idéntico” (pág. 37). Y agrega: “El análisis correcto de los datos científicos, además, pone en evidencia que desde la fecundación el destino del organismo está determinado: la plasticidad celular y la maleabilidad del desarrollo embrional precoz no contradice a la individualidad establecida desde la fusión de los gametos...”. Por su parte, LÓPEZ MORATALLA⁽⁴⁾, luego de admitir que “no se conoce con precisión el mecanismo de la gemelación *in vivo* a partir de una única fecundación” (pág. 16), señala que a partir de determinados datos científicos se puede sostener que “... una sola fecundación daría dos cigotos que se desarrollan independientemente, bajo la misma cubierta (la zona pelúcida del oocito fecundado), y que serían hermanos gemelos” (pág. 17).

La investigación ontológica llevada a cabo por el Comité tuvo por finalidad indicar cuál es el deber moral de protección del EH. Se determinó que el EH, aun en su etapa precoz, es una persona dotada de identidad individual. Por lo tanto, goza de la *exigibilidad moral de protección, de reconocimiento de su valor como persona*. El reconocimiento del valor de la persona se expresa, entre otras acciones, favoreciendo el ejercicio de sus capacidades y funciones, según sus circunstancias y condiciones. El hecho de que tenga tales capacidades y funciones disminuidas (en realidad, apropiadas a su estado y condición) no afecta el respeto de su dignidad personal, aunque excluya el derecho de tutela de las funciones todavía inexistentes (pero se debe permitir que, según el desarrollo normal, existan). Se reconoce, sí, plenamente el derecho intrínseco del EH a la protección de su existencia e integridad.

Además de estas consideraciones ontológicas, el trato “personificado” del EH se funda en la regla de oro de la moral (siempre según el Comité) de “no hacer al otro lo que no quiero que me hagan a mí”. O que me hubieran hecho a mí, dado que *yo también fui un embrión* (identidad personal: fui un embrión, feto, niño, adolescente, etc., pero siendo siempre yo mismo), lo que aclara el problema de la identidad personal del EH, inalterada después del nacimiento. *Por ello posee la misma personalidad que el nacido*.

Por otra parte, aun frente a la falta de certeza absoluta acerca de la identidad individual del EH precoz, la moral exige su protección plena. La regla es que ante la duda debe estarse por el más débil; en el caso, por la vida. *In dubio pro embrión*.

Todo esto genera un deber moral de tutela que parte del reconocimiento de la naturaleza humana del EH. Es tutela porque obliga a nuestro cuidado. *El EH está a nuestro cuidado*. Tiene, como nosotros lo tenemos en cualquier estadio de nuestra vida, un “destino humano”, es decir, un futuro de humanidad o perfección que debe ser protegido.

El EH no puede ser tratado como una cosa. Aun cuando (con fines procreativos, es decir, para la vida) se ayude a su formación con cierta artificialidad, ello debe ser “en un proyecto de cuidado y amor responsable”, como lo afirma el Comité.

Este (el de tutela) es un deber absoluto, inderogable, no un deber *prima facie* o derogable ante la presencia de otros valores morales más exigentes o prevalentes en las circunstancias del caso. *El cuidado de la sobrevivencia e integridad del EH no puede ceder ante ninguna otra circunstancia porque se trata de vida humana*. El respeto del valor de la vida humana solo puede ceder frente al valor de otra vida humana injustamente amenazada por la primera (legítima defensa); fuera de ese caso excepcional, es un valor absoluto, y el deber de su protección y respeto, un imperativo moral al que el ordenamiento jurídico debe dar adecuada y firme respuesta.

Es de utilidad recordar ahora las conclusiones ético-jurídicas del documento de la Academia Pro Vita ya citado para afirmar la personalidad del EH desde la misma fecundación: “1) *La argumentación biológica*: los datos aportados por la embriología y la genética nos permiten afirmar que desde el primer estadio del desarrollo embrional nos encontramos en presencia de una individualidad biológica humana; 2) *La argumentación biográfica*: es evidente que destruir un embrión humano significa impedir el nacimiento

de un ser humano; 3) *La argumentación ética*: un principio general de la moral afirma que no es lícito actuar con una conciencia dubitativa. En la duda acerca de enfrentarse a una persona humana, es imperativo respetar al embrión humano como si lo fuese, de otra manera se aceptaría el riesgo de cometer homicidio”.

En el mismo sentido se ha expedido reiteradamente nuestra Academia Nacional de Medicina:

“Ante el debate legislativo acerca de la despenalización del aborto, la Academia Nacional de Medicina reitera los preceptos que ha sostenido desde siempre, recordando los principios básicos de la ciencia y la práctica médicas que obligan y vinculan a todos los profesionales del país.

La salud pública argentina necesita de propuestas que cuiden y protejan a la madre y a su hijo, a la vida de la mujer y a la del niño por nacer. La obligación médica es salvar a los dos, nada bueno puede derivarse para la sociedad cuando se elige a la muerte como solución. Si el aborto clandestino es un problema sanitario corresponde a las autoridades tomar las mejores medidas preventivas y curativas sin vulnerar el derecho humano fundamental a la vida y al de los profesionales médicos a respetar sus convicciones.

Por ello:

La Academia Nacional de Medicina considera:

Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país.

Que destruir un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano.

Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento.

Que el derecho a la ‘objección de conciencia’ implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (arts. 14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional)⁽⁵⁾.

II El derecho positivo argentino

1. La Constitución federal

El ordenamiento jurídico argentino, como sabemos, se fundamenta en una Constitución federal, sancionada en 1853, en gran medida inspirada por la Constitución de los Estados Unidos.

La Constitución de 1853 sufrió muy pocas modificaciones (una muy importante e integral ocurrió en 1949, aunque estuvo muy pocos años vigente) hasta el año 1994. En esa ocasión se introdujeron reformas muy profundas, cuantitativa y cualitativamente consideradas. Dentro de tales reformas se encuentra *la protección del niño por nacer*, según un sistema cuyas singularidades se expondrán seguidamente.

Nuestra Constitución Nacional de 1853 no garantizó expresamente el derecho a la vida ni el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo y cualquier ser humano, aun cuando su reconocimiento expreso se encontraba en varios antecedentes constitucionales anteriores. Probablemente, la obviedad de su misma existencia motivó que los constituyentes de 1853 no creyeran necesario legislarlo expresamente. En efecto, *ninguno de los otros derechos enumerados podría entenderse si antes no se reconociera el derecho del ser humano a conservar su vida*.

Cuando en el año 1860 culminó el proceso constitucional iniciado en 1853, con motivo de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación, se introdujeron algunas importantes reformas en el texto anterior. Una de ellas fue la contenida en el art. 33, que establece: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, sin duda inspirada en la Enmienda IX de su modelo norteamericano, ratificada en 1791.

Dejando a un lado la observación inmediata acerca de que el derecho a la vida no nace de ninguno de esos principios (soberanía del pueblo y forma republicana de gobierno), sino de la misma naturaleza humana (en definitiva, es

una “verdad autoevidente” para tomar una expresión de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos), la lectura de la protección de la vida en esa norma constitucional encuentra fundamento en la interpretación histórica de la voluntad del constituyente. En efecto, el repaso de las opiniones vertidas en su momento demuestra la intención de reconocer a través de ella “aquellos derechos, o más bien principios, que son anteriores y superiores a la Constitución misma, que la ley tiene por objeto amparar y afirmar, y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar”, como lo afirmó la “Comisión Examinadora de la Constitución Federal” en aquella oportunidad.

Es comprensible, por otra parte, que no se tratara en aquellos tiempos el tema del derecho a la vida del por nacer. El aborto voluntario no era reclamado como un derecho por grupo alguno, sino que, por el contrario, recibía una fuerte condena legal, religiosa, moral y social.

2. Los derechos del por nacer en la Constitución Nacional

2.1. Los tratados constitucionales

La Constitución Nacional, a partir de su reforma de 1994, establece, en lo que aquí interesa, que ciertos tratados y convenciones internacionales (que enumera) “sobre derechos humanos” “tienen jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 22). En el sistema adoptado resulta claro que *estos tratados y convenciones integran la Constitución; son la Constitución misma*. Esta interpretación es indiscutible por cuanto: a) fue la intención del reformador constitucional reflejada en el debate de la Convención Constituyente; b) la misma Constitución define que los restantes tratados tienen jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución (art. 75.22, párr. 1°); c) la norma constitucional los define como “complementarios” de los “derechos y garantías por ella [la Constitución] reconocidos” (lo complementario es lo que perfecciona, lo que lleva a algo a su plenitud), y d) se exige un procedimiento especial y mayorías severas (iguales, precisamente, que aquellas impuestas para la sanción de la ley que declara la necesidad de la reforma de la Constitución) para la incorporación de un acuerdo internacional como “tratado constitucional”, lo mismo que para su denuncia.

Es de notar que la norma que se comenta ya incorpora a la Constitución una decena de tratados, declaraciones y convenciones sobre derechos humanos, admitiendo la ampliación de esta categoría –o su reducción– según el procedimiento mencionado. La incorporación o posterior exclusión de un acuerdo internacional con respecto a esta categoría de “constitucional” suponen entonces una verdadera reforma de la Constitución en cada caso. Así, por ejemplo, por ley 24.820 y con las mayorías especiales exigidas por el mencionado art. 75, inc. 22, de la CN el Congreso le ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que había sido aprobada previamente por ley 24.556, siendo este el primer caso de ampliación de los tratados con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, seguido luego por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la ley 24.584 y elevada a jerarquía constitucional por ley 25.778 de 2003, y así sucesivamente con la misma metodología legislativa⁽⁶⁾.

En todos los casos el Congreso, correctamente, ha seguido un procedimiento “en dos pasos”: primero, la aprobación de la Convención como “tratado” vigente para la Argentina, luego, con la mayoría requerida para la reforma constitucional, su incorporación como norma con esta última jerarquía en las condiciones de vigencia establecidas en la primera de esas dos leyes.

También debe señalarse que es posible que un acuerdo internacional sobre derechos humanos sea ratificado por el Congreso con el procedimiento ordinario de sanción de las leyes. En este caso tendrá, en la jerarquía del ordenamiento, una situación inferior a la Constitución, pero superior a las leyes⁽⁷⁾. Ese mismo acuerdo internacional, en un segundo paso, puede o no ser incorporado a la Constitución, según lo ya señalado.

Es clarificador, a estos fines, contemplar el proceso seguido por el Congreso y el Poder Ejecutivo colegislador en el caso de aquellas tres convenciones internacionales que se agregaron al nivel constitucional luego de 1994. Así,

(6) Ley 26.378 que aprueba la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 27.044 de 2014 que le otorga la jerarquía constitucional.

(7) Es el caso de la Convención Interamericana de la Protección de los Derechos de las Personas Mayores que fue aprobada por ley 27.360 el 9-5-17, pero que aún no ha sido elevada a jerarquía constitucional.

(3) Ver http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pont-acd_life_doc_20060322_xii-gen-assembly-final_sp.html.

(4) LÓPEZ MORATALLA, NATALIA, *La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida*, Persona y Bioética, vol. 8, n° 21, Universidad de La Sabana, Colombia.

(5) Del 22-3-18, ver <https://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/02.php>. También anteriores declaraciones, tales como las del 30-7-15, 30-9-10 y 4-8-94.

por ejemplo, en el caso de la ya citada Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, la ley 24.556 la aprobó como tal, mientras que una ley posterior, la 24.820, estableció: “Artículo 1° – Apruébase la jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su vigésima cuarta Asamblea General (ley 24.556) en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional”. Lo mismo ocurrió con la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad a través de, en el primer paso, la ley 24.584 y, para el segundo, la ley 25.778; de la misma manera con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los dos pasos legislativos que hemos indicado en la anterior nota 6.

El citado art. 75, inc. 22, por otra parte, establece que estos tratados y convenciones gozan de la jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, esto es, en las condiciones con las que el acuerdo obliga a la República Argentina. La Corte Suprema ha dicho que la aprobación de un tratado es “un acto complejo federal” integrado por la firma por parte del Poder Ejecutivo, la ratificación por ley del Congreso y el posterior acto de convalidación internacional según el procedimiento exigido por el mismo tratado. La firma del tratado o la misma ley del Congreso pueden establecer *declaraciones interpretativas o reservas*. Estas son las condiciones de vigencia con las que el tratado o convención adquiere la jerarquía constitucional, sobre lo que volveremos más adelante.

También debe destacarse que, así como los “tratados constitucionales” son complementarios con respecto a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, igualmente *son complementarios entre sí*. En realidad, la Constitución y cada uno de los “tratados constitucionales” forman parte de un único sistema constitucional, de manera que deben interpretarse en forma conjunta y coherente.

Es conveniente observar que este diseño constitucional tiene una significación especial. En nada modifica –por el contrario, asume– la validez de una norma jurídica de ordenamiento internacional en este mismo ámbito y el régimen al que se encuentra sometido. Así, el “tratado”⁽⁸⁾ será una norma del derecho internacional vigente para la Argentina una vez cumplido lo que más arriba hemos denominado el “primer paso”, es decir, la culminación del acto complejo federal del que habla la Corte Suprema en el caso “Ekmekdjian”. Como tal –como norma del derecho internacional– se encontrará sometido a su propia normativa y, salvo previsión en contrario de esta, a las reglas de la Convención de Viena y a las normas consuetudinarias del derecho internacional así reconocidas (cfr. art. 38, Convención de Viena) y, sin duda, al derecho de gentes en general. Pero fundamentalmente el tratado, cada tratado, será una unidad en sí misma, de manera que no requerirá (no sería posible, por otra parte) una interpretación integrativa con las restantes normas del derecho internacional (cfr. art. 31, Convención de Viena), salvo lo mencionado más arriba. Así será entonces vigente el tratado entre las partes conforme con la regla del *pacta sunt servanda* (art. 26, Convención de Viena).

Como hemos visto, el art. 75.22 de la CN prevé la existencia de un “segundo momento” que, a diferencia del anterior, carece de significación jurídica para el ordenamiento internacional⁽⁹⁾. La jerarquía constitucional de ciertos “tratados” como complementarios de la misma Constitución y, por tanto, sometidos a las reglas de interpretación de esta solo interesa a nuestro ordenamiento interno, con una trascendencia jurídica de extraordinario valor, como es el del “alargamiento” (complementariedad) del texto de la Constitución en un conjunto de normas que, *todas entre sí y con la misma Constitución*, deben interpretarse de manera integrativa. Así que, mientras que para el derecho internacional

(8) Recordemos que conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ONU 1969, ley 19.865, se entiende por “tratado” cualquier acuerdo internacional celebrado entre Estados y regido por el derecho internacional, cualquiera sea su denominación (cfr. art. 2.a), mientras que por el art. 5° de la misma Convención esta se declara aplicable a “todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional”. Estas normas serán de gran importancia a la hora de analizar la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, en *infra* II.

(9) Al ordenamiento interno le basta con el “primer momento”, ya que, cualquiera sea la jerarquía de los tratados en el ordenamiento nacional, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 26, Convención de Viena), salvo lo dispuesto en su art. 46 [violación manifiesta de las reglas de competencia para celebrar tratados que afecten a una norma de importancia fundamental de su derecho interno, en coincidencia con el art. 27 de nuestra CN].

cada tratado sobre una determinada materia tiene (salvo lo expuesto más arriba y la aplicación de las reglas del art. 30 de la Convención de Viena) un ámbito cerrado de interpretación, para nuestro derecho nacional los tratados complementarios de la Constitución o “tratados constitucionales” conforman una unidad en la materia de que se trate. Ya veremos la importancia que esta consideración tiene en el tema que aquí nos ocupa.

2.2. Los derechos del por nacer en los tratados constitucionales

Entre los tratados y convenciones ya incorporados al cuerpo de la Constitución, se encuentran (en lo que aquí especialmente interesa) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Estos cuerpos constitucionales acertadamente parten de considerar al por nacer en su *calidad de persona a todos los efectos jurídicos*. Así, el art. 3° de la CADH afirma que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, mientras que el art. 4°, inc. 1°, complementa: “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”. Por lo tanto, el *concebido es persona*, ya que el citado art. 4°, inc. 1°, dice que la protección de la ley a la vida de la persona comienza a partir del momento de la concepción, es decir que *desde ese momento se es persona y*, por lo tanto, se goza del *reconocimiento de la personalidad jurídica* y de los efectos de tal reconocimiento.

Por su parte, el art. 1° de la CDN señala: “Para los efectos de la presente Convención [en la Argentina, para los efectos de la Constitución en cuanto se refiere al niño], se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Esta convención es vigente para la Argentina con la siguiente declaración interpretativa (según ley aprobatoria 23.849 del Congreso): “Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: (...) Con relación al art. 1° de la Convención (...), la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad”.

En consecuencia, de acuerdo con la Constitución, el concebido es un ser humano que goza de la esfera de protección que la CDN le otorga al niño, entre ellos, “el derecho intrínseco a la vida” y el derecho a su “supervivencia y desarrollo” (art. 6°).

La protección fundamental es con respecto a la vida. Si bien la norma de la CADH se refiere a que la protección de la ley será “en general”, la misma norma excluye a las privaciones arbitrarias de la vida. Aunque esta disposición podría despenalizar el aborto en determinadas situaciones (de hecho ello ocurre en la legislación argentina, como se verá más adelante), solo sería constitucional la norma penal que lo hiciera en caso de circunstancias graves, objetivas y excepcionales, justificando así la aplicación de eximentes de pena conforme con los principios generales del Código Penal. De todas maneras, dicha expresión “en general”, aun en su interpretación más amplia, se encuentra relativizada por el art. 6° de la CDN. Su apart. 2° dice que “los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (destacado agregado), por lo cual sería arbitraria cualquier despenalización amplia del aborto superior al estricto riesgo de vida de la madre.

A partir del reconocimiento de la humanidad y de la personalidad jurídica, le resulta aplicable al concebido todo el régimen de protección de derechos humanos que le corresponden al nacido de acuerdo con la Constitución (incluyendo, obviamente, los tratados constitucionales) y el resto del ordenamiento, conforme con sus circunstancias existenciales. Es de destacar el “derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (art. 52, CADH), como también la protección “contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” (art. 19, CDN), cuestiones estas de especial trascendencia no solo frente al aborto, sino ante la manipulación del embrión, cualquiera sea su finalidad.

Los tratados constitucionales no indican cuándo comienza la concepción. Sin embargo, otra norma constitucional, el art. 75, inc. 23, a la vez que fortifica la afirmación del embrión como persona humana y, por ende, persona jurídica, ayuda a definir –desde el punto de vista de la interpretación jurídica– dicho momento. La norma citada, que tiene una finalidad de protección social, en su segundo párrafo establece: “(Corresponde al Congreso...) Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección

del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. El constituyente se refiere al “embarazo”, que es una situación de la madre. Pero también es desde ese momento en que al embrión se lo considera *niño* y, por consiguiente, sujeto al *status* jurídico establecido por la CDN, norma constitucional complementaria, es decir, de perfeccionamiento del derecho. Desde ese momento, el embrión –niño en situación de desamparo –es decir, en situación, por su madre o por sí mismo, de desventaja social– es acreedor de los beneficios previstos por el constituyente. Solo puede ser acreedor si es persona jurídica, como lo explicita el juego de los arts. 3° y 4° de la norma constitucional complementaria de la CADH. Volveremos sobre esta importante cuestión.

Por lo demás, es un criterio usual de interpretación jurídica –según una tradicional e inalterada jurisprudencia de la Corte Suprema– que el legislador (en el caso, el constituyente) utiliza los términos –no jurídicos– en su sentido habitual, salvo que el mismo autor de la norma lo aclare cuando tal uso es especializado o diferente del común. La expresión “embarazo”, en el lenguaje habitual y aun en el médico, hace referencia a un estado que tiene un momento inicial en el que no se distingue entre los distintos estadios de evolución del embrión. La mujer está embarazada –o bien se produce el embarazo, como sinónimo de fecundación, según la intención del constituyente– a partir de la penetración del óvulo por el espermatozoide. Debe destacarse que la norma constitucional protege al niño *desde* el embarazo, mientras que a la madre lo hace *durante* el embarazo. Así, el constituyente ha querido remarcar el *momento inicial* al referirse al *niño-embrión*.

Pero este reconocimiento de la personalidad del embrión tiene aún mayores efectos. Por obra de los procedimientos de fecundación artificial o asistida sería posible la fecundación del óvulo en vía extracorpórea para luego ser implantado a la madre o portadora.

Más allá del juicio de valor que esta técnica provoque, lo cierto es que es posible la existencia de un período de tiempo durante el cual, sin que la madre se encuentre físicamente embarazada, se produzca la situación médica de “embarazo” o fecundación. Al separar el texto constitucional las dos situaciones –el embarazo de la madre y la personalidad del embrión “desde el embarazo” o fecundación, sin referencia a la situación de la madre o portadora– generó *dos supuestos distintos de protección constitucional*, dos acreedores distintos, lo que refuerza la conclusión acerca de la personalidad jurídica del embrión –“desde el embarazo” o “fecundación” o “concepción”– en la Constitución Nacional.

De la misma manera, es un criterio de interpretación aceptado que cuando el autor de la norma utiliza un concepto jurídico, o juridizado por su uso en el ordenamiento, lo hace –salvo aclaración expresa– en el mismo sentido en el que dicho concepto ha sido empleado, o es empleado, por el mismo ordenamiento. Pues bien, el Código Civil, obvia referencia para el constituyente en el punto, establecía (a la época de redacción de la norma constitucional) en su art. 76: “La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y mínimo de la duración del embarazo, equiparando así el embarazo con la concepción, como duración global y, lógicamente, como comienzo del período. Esta misma idea fue reiterada por el legislador contemporáneo al constituyente cuando, al reformar el art. 77 del cód. civil (en la ley 23.264 del 16-10-85) mantuvo, en el punto, su redacción original: “El máximo de tiempo de embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días”, es decir, un período de tiempo que no admite ninguna división en estadios. El mismo legislador de la ley 23.264 (contemporánea a la reforma constitucional) repite el texto del art. 264 del cód. civil entonces vigente en cuanto a que el conjunto de derechos y deberes que integran la patria potestad corresponde a los padres “desde la concepción de estos [los hijos] y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

Si esas son las normas que tenían ante sí los constituyentes de 1994, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial por ley 26.994 (también sancionada por un legislador muy cercano a la reforma constitucional) ha ratificado tales principios. Así, el art. 19 establece que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, mientras que el art. 20, titulado “Duración del embarazo. Época de la concepción”, establece un período de tiempo igual al ya previsto por la ley 23.264.

El constituyente, al utilizar en el texto mismo de la Constitución la expresión “embarazo” como comienzo de la personalidad jurídica del embrión, ha utilizado el “len-

guaje del derecho”, según su empleo en el entonces vigente Código Civil como también por el legislador contemporáneo a la misma celebración de la Convención Constituyente, y confirmado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

III La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema

La Corte Suprema ha tenido ocasión de expedirse acerca del estatus jurídico del por nacer en los casos “Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 324:5; 2001), acerca de la autorización para provocar el nacimiento prematuro de un por nacer anencefálico; “Portal de Belén c/ Ministerio de Salud de la Nación” (Fallos: 325:292; 2002), acerca del carácter abortivo de determinadas drogas; “Sánchez, Elvira c/ Ministerio de Justicia de la Nación” (Fallos: 330:2309; 2007), acerca de la indemnización de los abuelos de un por nacer asesinado por la represión antisubversiva ilegal, y “F. A. L.” (Fallos: 335:197; 2012) acerca de la inimputabilidad del aborto cometido por una mujer capaz violada.

Como veremos, “F. A. L.”, por su *obiter*, significó un cambio de 180 grados con respecto a la totalidad de la jurisprudencia anterior, con lo cual –más allá de sus graves errores– no puede ser considerada jurisprudencia asentada. Conviene entonces analizar con algún detalle tal evolución jurisprudencial, en la que se ha valorado exhaustivamente la nueva regulación constitucional (Constitución y convenciones internacionales de nivel constitucional) en la materia.

1. El caso “Tanus”

La actora (seguramente debió indicarse su nombre con iniciales, para resguardar su privacidad) se encontraba gestando un niño que, infelizmente, padecía de anencefalia, condición que provocaba la absoluta inviabilidad del niño fuera del vientre materno, aun producido el parto según los tiempos normales (nada había que lo impidiera), es decir, su “fallecimiento indefectible” al muy poco tiempo de nacer (ver consid. 6º). En estas condiciones, la madre solicitó judicialmente ante la justicia de la Ciudad de Buenos Aires la autorización para inducir prematuramente el parto o practicar una cesárea, aduciendo la situación de grave afectación psíquica que el embarazo le producía. Claro está que, en la práctica, el nacimiento prematuro era también sinónimo de muerte prematura, lo que se presentaba como una fuerte objeción a la procedencia de la solicitud de la demandante.

El Superior Tribunal de la Ciudad hizo lugar a la acción de amparo⁽¹⁰⁾, lo que fue recurrido ante la Corte Suprema federal por el Asesor de Incapaces local.

La Corte, por una mayoría de cuatro miembros (Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, López) y el voto concurrente de otro (Bossert) resolvió confirmar la sentencia, señalando que no se trataba de un caso de aborto, sino de inducción de un nacimiento anticipado. El voto concurrente (consider. 14) muy bien señala que, en el caso, “la muerte del niño ocurrirá irremediamente a las pocas horas de nacer, cualquiera sea el momento en que se produzca, medie o no inducción del parto, como consecuencia de la anencefalia”. Y agrega: “El feto ya ha cumplido ocho meses de gestación, término que, de no mediar la citada afección, permitiría un nacimiento con vida y en plenas condiciones de viabilidad. De manera que, en el presente caso, la causa de la muerte del niño será la anencefalia y no la inducción del parto”, para hacer una (me parece correcta para el caso) valoración de los derechos en juego: “Ello conduce a advertir que el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del *nasciturus* no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con ‘viabilidad nula en la vida extrauterina’ (cita informe médico)”⁽¹¹⁾. Lo importante, a los efectos de lo que en este trabajo se analiza, es lo que señala la decisión mayoritaria (la mayoría de la mayoría) en el consid. 11 después de diferenciar el caso con la hipótesis de aborto: “El alumbramiento solo pondrá en evidencia que (el por nacer) no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art. 2º de la ley 23.849 –aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño– y el art. 4º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (...) Todavía se encuentra vivo dentro del vientre de otra persona, su madre, de quien se diferen-

cia desde aquel momento y no a partir de su nacimiento”. Como se puede apreciar, la Corte, además de invocar los dos documentos internacionales con valor constitucional relevantes para el caso, con los alcances que hemos destacado más arriba, precisa muy bien la “alteridad” existente entre la madre y el *nasciturus*, tal como resulta claramente del art. 75.23 de la CN⁽¹²⁾.

La disidencia de Nazareno⁽¹³⁾ merece ser comentada con mayor detalle. La argumentación aquí se desarrolla como respuesta a dos preguntas trascendentes para el tema del derecho a la vida y la cuestión del aborto (más allá del dramático caso que tuvo que enfrentar la Corte): “1) ¿es el organismo viviente que anida en el vientre de la actora, a pesar de la patología que padece, una persona por nacer?; 2) en caso afirmativo ¿tiene derecho a la vida?; y si en efecto lo tiene ¿debe prevalecer sobre el que ha invocado la madre para fundar el amparo?”.

Nazareno responde a la primera pregunta con recurso, primero, al viejo art. 70 del cód. civil entonces vigente (volveremos sobre tal norma al comentar el caso “Sánchez”; sin perjuicio de ello recordemos que el sistema de los actuales arts. 19, 20 y 21 del nuevo Código no difieren de la regulación hecha por Vélez Sarsfield), incluso con una muy inteligente aplicación, se pensaba, de la anacrónica norma del art. 51 (siempre del Código de Vélez): “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”, es decir, seres humanos (no había otras personas “de existencia visible”, hoy, según el nuevo art. 19, “personas humanas”). Hoy, dice el voto comentado, aquella curiosa norma debe interpretarse según una nueva luz, “dado que el derecho es una idea práctica que se nutre de la realidad es preciso acudir a las ciencias que estudian la realidad biológica humana, esto es, la genética, para establecer cuáles son ‘los rasgos característicos de humanidad’” (consider. 8º). Luego de una interesante y necesariamente sintética transcripción científica (que nunca fue cuestionada), Nazareno propone la siguiente conclusión: “De ello se deduce que el ADN humano o genoma humano identifica a una persona (nosotros podríamos decir aquí ‘a un ser determinado’) como perteneciente al género humano y, por ende, constituye un signo ‘característico’ e irreductible de humanidad” (consider. 8º). Es lo que mencionábamos en la parte introductoria de este trabajo: si se está al estado actual de la evolución científica, es posible afirmar que si un ser porta consigo el ADN humano, es un ser humano; el EH, a partir de la misma fecundación, porta un ADN humano diverso del de sus padres, por tanto es un ser humano.

Nazareno se pregunta luego (consider. 9º) si la persona por nacer anencefálica tiene derecho a la vida. Para responder positivamente a esta pregunta –que, obviamente, es aplicable a toda persona por nacer– la disidencia se funda en el art. 75.23, CN, el art. 4.1 de la CADH y en la CDN, “en las condiciones de su vigencia”⁽¹⁴⁾. “De las disposiciones constitucionales transcritas –existen otras concordantes que las complementan– surge que el constituyente le confirió al niño el *status* jurídico de persona desde la concepción en el seno materno protegiendo su vida sin efectuar distinción alguno...” (consider. 9º, cit.).

2. El caso “Portal de Belén”

La cuestión debatida en tales actuaciones “consiste en determinar si el fármaco (...) denominado ‘anticoncepción de emergencia’, posee efectos abortivos al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello determina que sea necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno...” (consider. 3º de la mayoría)⁽¹⁵⁾, cuestión que volveremos a considerar al co-

(12) Lo importante es que, de esta manera, tomando en cuenta también los votos disidentes de Boggiano y Nazareno, se conforma una mayoría de seis jueces en favor de la interpretación estricta y literal de las normas constitucionales aplicables a la cuestión del comienzo de la vida humana y la necesidad de su protección integral.

(13) Cabe destacar que esta disidencia se refiere a la cuestión de fondo discutida en la causa –la procedencia jurídica de la inducción prematura del parto– y no sobre la “cuestión de fondo” que aquí nos ocupa, el derecho a la vida del *nasciturus* en cualquier estado de su evolución prenatal, tema en el cual, como veremos al comentar “Portal de Belén” la mayoría de la Corte estaba totalmente de acuerdo. Sin perjuicio de ello, es oportuno recomendar la lectura completa de la disidencia del juez Nazareno, de una corrección jurídica impecable.

(14) Es decir, para la CDN con la “reserva” (así la denomina correctamente el voto de Nazareno) hecha por nuestra ley 23.849.

(15) La mayoría se formó por los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Vázquez. Las disidencias se basaron en el rechazo de la vía del amparo, o bien del recurso extraordinario sin entrar en la cuestión de fondo.

mentar el caso “Artavia Murillo” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En “Portal de Belén” nuestra Corte admitió la procedencia del amparo (declarando que el fármaco era abortivo y, por tanto, ordenando al Estado Nacional la prohibición de la fabricación, distribución y comercialización del fármaco en cuestión) luego de analizar la cuestión biológica (conforme con las pruebas allegadas a la causa), con cita de las disidencias de Nazareno y Boggiano en “Tanus” y con expreso apoyo en las ya citadas normas de la CADH y CDN (ver consid. 13 y 14).

Es importante también rescatar de “Portal de Belén”, de cara a la decisión de la Corte (con otra composición) en “F. A. L.”, lo expuesto en el consid. 15: “Que cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los Estados partes tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que es ‘deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos’ (O. C. 11/909, parágrafo 23)”.

3. El caso “Sánchez”

Durante la dictadura militar, la hija de la actora fue asesinada por fuerzas de seguridad. La víctima se encontraba embarazada de nueve meses, por lo que con ella murió también la hija que llevaba en su seno. La Sra. Sánchez, como abuela del por nacer, solicitó la indemnización prevista en la ley 24.411, lo que le fue denegado ante la circunstancia de que la niña no había nacido con vida, por lo que no había adquirido derechos de conformidad con lo dispuesto en el entonces art. 70 del cód. civil–.

La Corte resolvió en favor del accionante –votos de Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay– aplicando al caso lo dispuesto por el art. 2º de la ley 24.411, según el cual la indemnización la recibe el causahabiente no por sucesión del causante sino a título propio, como reparación por la muerte, en el caso, de la nieta. Es decir, la Corte tomó en cuenta que el por nacer tiene la calidad de persona y, así, puede fallecer aún no nacida. Es cierto que al no nacer con vida no adquiere derechos para sí, pero ello no significa que los sujetos identificados por la citada ley carezcan de derechos propios a ser indemnizados por tal hecho criminal. Es decir: 1) el por nacer es una persona viva; 2) esa persona puede ser asesinada, y así se la considera de manera independiente al asesinato de su madre; 3) como persona, el por nacer tiene “causahabientes” que, en el caso de la ley 24.411 (art. 2º bis agregado por la ley 24.823), son titulares de una indemnización, no porque la madre no pudo parir, sino por el daño (absoluto: la muerte) sufrido por el por nacer en tanto que individuo diverso de su madre (cfr. consid. 9º).

Además de tales acertadas argumentaciones, la mayoría de la Corte resolvió hacer lugar al recurso extraordinario planteado por la actora, “por ello (los argumentos sintetizados) y lo concordantemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante...”, esto es, coincidió con el dictamen fiscal en el que se utilizó, en forma sintética, la misma argumentación de “Portal de Belén”: “... el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana (...) derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”.

Por su parte, el voto concurrente de Highton de Nolasco y de Zaffaroni se limitó a señalar: “... esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que cabe remitir en razón de brevedad”. Así, directamente hizo lugar al recurso “de conformidad con lo dictaminado” por aquel magistrado.

Así es, entonces, que una Corte unánime (en ese momento era ya de siete miembros) había aceptado los argumentos constitucionales de “Portal de Belén”, sin perjuicio, a los efectos de la postura que aquí defendemos, de las también importantes consideraciones del voto de la mayoría.

4. El caso “F. A. L.”

“F. A. L.” es un ejemplo paradigmático de aquello que un tribunal de justicia debe abstenerse de hacer: distorsionar manifiestamente la letra de la ley (en este caso, de las normas constitucionales) y convertirse en legislador, no solo por aquella interpretación y aplicación *contra legem* de las normas relevantes del caso, sino por crear una ley

(10) Los argumentos utilizados por el tribunal local son monstruosos. En síntesis, califica a ese por nacer como “subhumano”, negando su calidad de ser humano.

(11) Ver también consid. 6º, 9º y 10 del voto mayoritario.

nueva, sustituyendo al Congreso y a las legislaturas provinciales (a las que pretende obligar a legislar en un sentido determinado y en muchos casos en contradicción con las mismas constituciones de las provincias, las que no fueron parte en el caso), sentando, a tal efecto, principios que pueden posibilitar la producción de efectos seguramente más allá de los que los miembros del tribunal pudieron pretender, como lo veremos en el numeral 4.3.

Recordemos sintéticamente el caso. Una menor de 15 años de edad quedó embarazada como consecuencia de la violación sufrida por su padrastro. La madre de la niña solicitó autorización judicial para hacerla abortar con base en lo dispuesto en el art. 86, incs. 1° y 2°, del cód. penal. La demanda fue admitida por el Superior Tribunal provincial (Chubut), contra lo cual el Asesor General de la Provincia planteó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema nacional.

La cuestión nos obliga a realizar un breve repaso de la legislación penal en la materia, según lo veremos en el siguiente numeral.

4.1. La norma penal

La calificación del aborto provocado como delito se encuentra dentro del Libro Segundo, “De los Delitos”, Título I, “Delitos contra las personas”, Capítulo I, “Delitos contra la vida” del Código Penal sancionado en 1921, en una regulación que está hoy todavía vigente en su texto original. Sin duda, el legislador penal había sido congruente con la definición contenida en el art. 70 del cód. civil: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”. El ordenamiento mantenía así su coherencia: el *nasciturus* es persona, por lo cual su protección penal debe encuadrarse dentro del cuerpo de normas que regulan los delitos contra la vida de las personas inmediatamente después de la tipificación de diversas hipótesis de homicidio. Cabe desde ya destacar que esta coherencia se mantiene aun después de la reforma integral del Código Civil; este, en su art. 19, prescribe concretamente que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, por lo cual no solo aquella coherencia sigue viva, sino que la despenalización del aborto, en tanto no se derogue el citado art. 19 (sin perjuicio de las normas constitucionales que ya hemos mencionado) importaría su quebrantamiento.

Sin perjuicio de las causales de inimputabilidad previstas en el art. 34 del mismo cód. penal y las de graduación de la pena según sus arts. 40 y 41⁽¹⁶⁾, el art. 86 declara no punible “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta... 1) 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; 2) 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”.

Esta última norma ha sido motivo de controversias desde el origen de su vigencia, aun cuando la unanimidad de la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina penalista la interpretaban en un sentido restringido, esto es, que la inimputabilidad del aborto era procedente siempre que la víctima de la “violación” (y madre abortante) fuese “una mujer idiota o demente”, y no en otro caso.

Daba pie a esta interpretación la falta de coma inmediatamente luego de la palabra “violación” y la propia historia de la norma. Sobre esto último cabe transcribir la excelente síntesis efectuada por el profesor de historia del derecho y de derecho constitucional, EZEQUIEL ABÁSULO, sobre el origen y sentido del art. 86 del cód. penal:

“Surgió de concepciones eugenésicas, muy al gusto de la época, consagradorias no de una pretendida libertad de las mujeres, sino del ‘derecho’ del estado a eliminar seres humanos indeseables. O sea, de la negación más absoluta de la finalidad humanista de un auténtico Estado de Derecho.

La inserción en el código no se debió a la obra del autor general, que fue el diputado demócrata bonaerense Rodolfo Moreno (hijo), sino a la participación de los tres integrantes de la comisión revisora del proyecto en la Cámara Alta, senadores Joaquín V. González, Enrique del Valle Iberlucea y Pedro A. Garro. Así, en septiembre de 1920 es-

tos informaron a sus pares que era ‘la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada (...) nazca un ser anormal o degenerado’. Su modelo de referencia fue el art. 112 del anteproyecto de código penal suizo de 1916. Su fuente de conocimiento de este dispositivo resultó más bien endeble: los senadores no alcanzaron a leer el anteproyecto en sí mismo, ni mucho menos las discusiones de sus autores, sino que basaron su dictamen en las informaciones favorables sobre el proyecto vertidas por el penalista español, futuro miembro informante de la comisión redactora de la constitución republicana de 1931 y exiliado en la Argentina durante el gobierno de Francisco Franco, Luis Jiménez de Asúa, en su obra *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericana...*

En abono de su punto de vista, los senadores citaron la ‘autoridad’ del profesor ginebrino Alfred Gautier (uno de los maestros de Jiménez de Asúa), quien evaluaba que se ‘podrían añadir consideraciones de orden étnico, y que cuando el embarazo sea resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, podría argüirse (...) el interés de la raza’. En definitiva, para sus autores el punto estaba más que claro. Vale decir, ‘¿qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?’.

A mayor abundamiento, cabe recordar que entre sus motivos la Comisión responsable de la inserción del inciso 2° del art. 86 del código penal señalaba también: ‘El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Colonia en 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales’. El corolario, pues, era terminante: ‘es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza’.

Va de suyo, de acuerdo con lo explicado hasta aquí que el aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2°, del cód. penal vigente argentino nada tiene que ver con empoderamiento femenino alguno, ni por asomo. Por el contrario, como señala Renato Rabbi-Baldi Cabanellas no puede dudarse que la intención del legislador no fue sino eugenésica. En consecuencia, esta cláusula viene a adolecer de una profunda e insalvable inconstitucionalidad, propia de reflejar un clima de época signado por la primacía de una disciplina pseudo científica conforme con la cual, como bien lo explica el distinguido profesor de la Universidad de Buenos Aires Ricardo Rabinovich-Berkman, se pretendía reducir la noción de ser humano a una dimensión meramente biológica, susceptible de ser disociada del concepto de persona.

Para finalizar, no se pierdan de vista las inequívocas palabras de uno de los más destacados corifeos del aborto eugenésico. Me refiero al ya recordado Luis Jiménez de Asúa, quien en un artículo titulado *El aborto y su impunidad* –significativamente citado en el dictamen que la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación presentó el 29 de octubre de 2010, con la firma de los doctores Stella Maris Martínez y Julián Horacio Langevin, en la recordada causa ‘F. A. L.’– expresó con brutal sinceridad: ‘La interrupción del embarazo con miras eugenéticas persigue una recta finalidad: impedir el nacimiento de infelices seres tarados, con una enorme carga degenerativa’⁽¹⁷⁾.

Quienes cuestionaban la interpretación que aquí denominamos “restrictiva” se apoyaban en los defectos técnicos de la norma, especialmente cuando se refiere a que el embarazo provenga de “una violación o de un atentado al pudor”, cuando de esta última conducta, en sí misma, no podría seguirse un embarazo. Sin embargo, es obvio que los autores de la norma tomaron en cuenta la opinión de GAUTIER (ver más arriba) en la que se admitía que el acto sexual en perjuicio de una demente podía ocurrir con violencia (violación) o sin ella, por mera seducción, a lo que el legislador calificó en el citado art. 86.2, sin mucha coherencia con esta última figura típica, como “atentado al pudor”.

(17) *Raíces eugenésicas de los abortos no punibles en la Argentina*, no publicado.

De todas maneras, estas discusiones interpretativas no pueden servir como excusa a los errores de “F. A. L.”. En este caso, la Corte podría muy bien haber interpretado la norma en favor del imputado (cualquier caso de violación) sin caer en su desafortunado *obiter*, de contenido inconstitucional, y sin erigirse en legisladora y redactora de las bases de protocolos médicos.

Hemos señalado más arriba acerca de la necesidad de conservar la coherencia entre la legislación civil y la penal; es que, si el por nacer adquiere irrevocablemente derechos bajo la condición de su nacimiento con vida (art. 21, cód. civil y comercial), el aborto podría ser un medio para evitar tal adquisición de derechos, seguramente en beneficio de terceros.

Veamos un ejemplo posible. Una mujer y un hombre contraen matrimonio bajo el régimen de separación de bienes (art. 505, cód. civil y comercial). La mujer queda embarazada y antes de cumplirse las doce semanas de gestación (suponiendo el aborto libre durante ese tiempo) fallece el marido. No hay otros descendientes ni ascendientes del causante. La mujer podría recurrir al aborto sin ninguna restricción para incrementar su participación hereditaria.

4.2. Los desaciertos jurídicos de “F. A. L.”

Como ya lo hemos adelantado más arriba, uno de los graves, y decididamente injustificados, errores de “F. A. L.” es haber recurrido a una argumentación enteramente *obiter* en la que realizó una interpretación contradictoria con la letra expresa de las normas constitucionales que en dicho *obiter* se consideraron. Ciertamente, “F. A. L.” podría haber llegado a la misma decisión –la inimputabilidad del aborto del por nacer concebido en una violación, sin importar la capacidad mental de la madre– aplicando simplemente –bien o mal– principios interpretativos propios del derecho penal, sin necesidad de transitar por senderos constitucionales tan manifiestamente equivocados.

4.2.1. El art. 75.23 de la Constitución Nacional

“F. A. L.” reconoce (consid. 9°) que la norma mencionada establece un “marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo” (obviamente, de su madre) y que dicho marco normativo “integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos”, pero, agrega, esa es una regulación de seguridad social pero no punitiva, por lo cual “resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar (...) la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación en particular”.

El razonamiento es sorprendente. La Constitución, en el citado art. 75.23, declara que el por nacer, en un “continuo” que comienza con el embarazo de la madre⁽¹⁸⁾ hasta la finalización del período de enseñanza elemental, es un *niño*. Independientemente de lo regulado en la CDN (que, por otra parte, debe leerse junto con el art. 75.23), “niño” tiene un significado común en nuestro idioma (“que tiene pocos años”, diccionario RAE) habitualmente aplicado a un infante, sin perjuicio de la mención de esta palabra en el art. 2642 del cód. civil y comercial, y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Entonces, la expresión “niño” aplicada por la Constitución Nacional al ser cuya existencia comienza con el embarazo debe –no hay otra posibilidad– integrarse con lo regulado en la CDN y en la ley 26.061. El art. 6° de la CDN prescribe: “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”. Por su parte, la ley 26.061, ley especial y posterior al Código Penal, además de ser complementaria del Código Civil contiene normas que la Corte, en “F. A. L.”, debió haber tomado en cuenta, entre ellas, especialmente:

“Artículo 1° – Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

(18) Como el ordenamiento normativo es un sistema integrativo, debe ser considerado que esta norma se encuentra reglamentada en el Código Civil posterior a la reforma constitucional, que en su art. 20 declara equivalentes “concepción” y “embarazo”. De acuerdo con esa norma, la presunción *iuris tantum* es que el embarazo, en circunstancias habituales, comienza el día trescientos contados hacia atrás desde el día anterior al nacimiento.

(16) Interesa subrayar la regla del art. 41, inc. 2°, que obliga al juez a que, al momento de graduar la pena, tome en cuenta “la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir (...) las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad...”. Recordemos que la pena prevista para la mujer que “causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare” es de uno a cuatro años de prisión (art. 88), lo que lleva en la mayoría de los casos a su no cumplimiento efectivo.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado 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.

Artículo 2° – Aplicación Obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Artículo 3° – Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley (...) Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Artículo 8° – Derecho a la vida. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida”.

¿Protege la vida del niño por nacer la ley que permite el aborto provocado? ¿No debió la Corte haberse hecho esta misma pregunta aunque ella llevara a considerar la validez constitucional de la totalidad del art. 86 del cód. penal?

4.2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

“F. A. L.” también interpreta de manera insuficiente lo dispuesto en los arts. 3° y 4° de la CADH. Señala el fallo comentado (consid. 10) que del art. 4° de la CADH “no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del art. 86 inc. 2, del Código Penal (con cita del informe 23/81, Comisión Interamericana de Derechos Humanos)”.

No nos interesa discutir aquí el contenido del informe de la Comisión (caso “BabyBoy”, 23/81), en tanto carece de efectos obligatorios imperativos para nuestro ordenamiento, conforme con la propia jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, según lo veremos en el numeral 5 de este trabajo. De todas maneras, puede ser cierto que, en general, la intención de la norma sea la de no prohibir este supuesto de exculpación penal, lo que no quita que, para nuestro ordenamiento jurídico en el nivel constitucional, como lo hemos visto más arriba, y en una correcta interpretación de aquella –la que debe ser “integrativa” con el art. 75.23 de la CN y la CDN–, los arts. 3° y 4° de la CADH sean suficiente base constitucional para sostener tal interpretación “restrictiva” de la norma penal (en realidad, interpretación literal). Aun así, “BabyBoy” no es buen apoyo para “F. A. L.”. Primero porque, según lo relata el mismo Informe (numeral 14, *in fine*), Estados Unidos (parte en el caso) había asentado una declaración interpretativa (sobre el valor de las declaraciones interpretativas volveremos más abajo) “en el sentido de que deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares”, declaración o reserva que nuestro país no asentó. El mismo Informe (lug. cit.) indica: “Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del art. 4°, hay que considerar las circunstancias en que se practicó. ¿Fue un acto ‘arbitrario’? Un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el art. 4°”.

Para “F. A. L.”, “... la Convención (CADH) no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de este (del *nasciturus*)”. Esta frase es importante. Según la Corte, la protección no es absoluta –de allí la expresión “en general” que utiliza el art. 4.1 de la CADH–, pero esto significa que fuera de los supuestos de excepción a la regla “general” la protección sí debe ser absoluta⁽¹⁹⁾ “a partir del

momento de la concepción”, determina la norma citada. Lo más importante, a los efectos que estamos analizando, es la frase final de ese apartado del art. 4° (colocado con punto seguido inmediatamente después de la expresión “concepción”): “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Además de que “F. A. L.” no hace ningún análisis acerca de si el aborto de un niño concebido como consecuencia de una violación a una mujer sana⁽²⁰⁾ es o no arbitrario, no cabe duda de que sí será *arbitrario*, en el sentido del art. 4.1 de la CADH, el *aborto libre* –es decir, no causado en una razón válida para el estándar de una mujer o madre común– aun con límite en los tres meses de embarazo.

4.2.3. La Convención sobre los Derechos del Niño

Quizás sea en su análisis, en lo pertinente, de la CDN donde se encuentren los errores más impactantes de “F. A. L.”.

La primera cuestión (no es la más importante, pero estamos siguiendo el mismo orden de razonamiento del fallo, en este caso, en el consid. 13) es el valor del Preámbulo de esta norma constitucional. En lo que interesa, dicho preámbulo reza textualmente: “... teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el ‘niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’”. La Corte remite a los trabajos previos a la Convención según los cuales ninguna de las disposiciones del Preámbulo debería conducir a otorgar un alcance determinado a cualquiera de las disposiciones del texto de la misma Convención. Aun así, la Corte no ha tomado en cuenta que, en términos de derecho internacional positivo, el art. 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (U.N., 1969, vigente para la Argentina por ley 19.865) establece que el Preámbulo forma parte del contexto del tratado a los efectos de la interpretación de sus términos. De manera que, si bien es cierto que el Preámbulo de la CDN no es mandatorio para los Estados parte no lo es menos que la laguna de su art. 1° –a los efectos de la consideración o no como niño al por nacer, por carecer de un término inicial expreso– debe llenarse conforme con su contexto, incluyendo a su Preámbulo, siempre para aquellos Estados que no hayan declarado cuál término consideran inicial de la existencia del niño. Como ya sabemos, la Argentina, como la mayoría de los Estados parte en un sentido o en otro, lo ha hecho expresamente.

En realidad, la Convención, aun manteniendo el texto del Preámbulo, no ha pretendido con él incidir sobre los Estados que admiten el aborto. Precisamente, el texto del art. 1°, indefinido en cuanto al comienzo de la existencia del niño, fue resultado de un compromiso a los efectos de permitir la suscripción de la Convención dejando libertad a cada uno de los firmantes para que, mediante declaraciones interpretativas, lo hicieran. Los Estados abortistas en general declararon que el art. 1° debía entenderse en el sentido de que se es niño desde el nacimiento, mientras que los Estados no abortistas lo hicieron declarando que la condición de niño comienza con la concepción⁽²¹⁾.

Pero “F. A. L.” tampoco ha tomado en cuenta que, cualquiera sea el valor del Preámbulo de la CDN para el derecho internacional, para el derecho constitucional local aquella es norma constitucional y lo es íntegramente, incluyendo a su Preámbulo. Al tratarse de una norma constitucional no hay por qué negar al Preámbulo de la CDN el mismo valor que tiene el Preámbulo del texto de la CN, que es, más que interpretativo, preceptivo. Sin perjuicio de ello, aun para el derecho internacional, en tanto el Preámbulo no modifica las condiciones en que la Argentina se ha obligado al cumplimiento de la Convención (según la ley 23.849), es claro que dicho Preámbulo tiene el valor interpretativo que le reconoce la Convención de Viena que hemos citado más arriba.

Como hemos visto, nuestro país aprobó la Convención mediante la ley 23.849, que en su art. 2°, en lo pertinente,

los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

(20) Ciertamente, la hipótesis que la norma penal contempla expresamente es más que arbitraria. Además es, en su inspiración eugenésica y racista (en el punto, “nazi”, aunque sin saberlo), monstruosa.

(21) Sobre el particular ver BLANCHFIELD, LUISA, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Background and Policy Issues*, Congressional Research Service, Congreso USA, 2010 (utilizo la edición Kindle).

“declara que (el art. 1° de la Convención) 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”. De esta manera, la Convención es vigente para la República Argentina sin que ninguno de los Estados firmantes haya cuestionado esta posición argentina que, por lo demás, fue similar a la de muchas otras naciones.

Sin embargo, “F. A. L.” desprecia el valor de tal declaración interpretativa (consid. 13) por ser eso, una declaración, y no una reserva. Así, dice que, por esa circunstancia, la declaración no “alter(a) el alcance con que la convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”. ¿Cómo cree “F. A. L.” que la CDN rige para la Argentina? ¿La ley 23.849, en el punto, carece de valor? En cualquier caso, es una ley posterior al Código Penal, lo que, si para la Corte el tema debía ser considerado a los efectos de la cuestión de la violación, debería haber sido valorado adecuadamente: la mujer violada está decidiendo sobre la vida de un niño –así lo declara la ley 23.849, un ser humano que debe contar, como cualquier ser humano, con la protección de la ley–, a quien, además de las desgraciadas circunstancias de su concepción, lo van a matar sin derecho de defensa alguna.

Este punto referido a la declaración interpretativa es quizás una de las argumentaciones más desafortunadas en una sentencia por demás desafortunada. La Corte, que se detuvo en la diferenciación entre “reserva” y “declaración interpretativa”, no recordó el texto expreso de la Convención de Viena (art. 2°, d): “Se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Para “F. A. L.” la CDN, en sí misma (excluido su Preámbulo), no afirma que el por nacer es niño, por lo cual la declaración de la ley 23.849 debería ser calificada como una modificación de los efectos jurídicos (¿y de qué trascendencia!) de la Convención, cualquiera sea la denominación que el Estado parte le haya otorgado.

Cabe señalar que el instituto es igual en el derecho constitucional norteamericano: “El Comité de Relaciones Exteriores del Senado puede recomendar que el Senado apruebe el tratado de manera condicionada, otorgando su consejo y consentimiento sujeto a ciertas estipulaciones que el Presidente debe aceptar antes de proceder a la ratificación. Estas estipulaciones son generalmente denominadas ‘Reservas, Entendimientos (o Interpretaciones) y Declaraciones’ (RUDs) (...) *Reservas* son calificaciones o estipulaciones específicas que modifican la obligación de USA sin cambiar necesariamente la letra del tratado; *Entendimientos* son declaraciones interpretativas que clarifican o elaboran, antes que cambiar, las previsiones de un tratado, son generalmente consideradas como consistentes con la obligación impuesta por el tratado; *Declaraciones* son estipulaciones de propósitos, políticas, o posiciones relativas a materias consideradas por el tratado en cuestión sin alterar o limitar ninguna de sus disposiciones”⁽²²⁾.

4.3. “F. A. L.” y el aborto absolutamente libre

Las consecuencias de “F. A. L.” son terriblemente desvaliosas. Es que al no requerir “F. A. L.” prueba alguna de la violación⁽²³⁾, bastando una declaración jurada de la solicitante del aborto (¿escrita o verbal? Si es escrita, ¿tendrá que archivarla el hospital?, ¿se destruirá en un cierto tiempo?), permitirá la existencia de “casos fabricados” como los califica “F. A. L.” en el consid. 28, es decir, simples mentiras para lograr lo que en la práctica será el aborto libre. Aquí la Corte desprecia esta posibilidad señalando que entre el abuso (que podría ser un supuesto de delito, pero ¿cómo comprobarlo si la violación no se debe denunciar ni probar?) y el ejercicio de derechos por parte de la mujer violada (nunca se refiere a los derechos del *nasciturus*, el gran ausente en el debate) se debe optar por este último. Lo que “F. A. L.” con mucha ingenuidad no advierte es que el abuso se convertirá en la regla y el caso verdadero en la

(22) BLANCHFIELD, LUISA, *The United Nations...*, cit., pos. 246.

(23) Sin embargo, si todas las causales de excusas penales deben ser demostradas o resultar evidentes para el juez de la causa (no para un médico de hospital), ¿por qué no para el caso de violación?, ¿por qué se deben demostrar las causales de inimputabilidad por el daño a la vida o a la salud de la madre, no evitable por otro medio distinto del aborto, y no debe ser demostrada la violación?



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

excepción, por lo que cabe reiterar que en la práctica “F. A. L.” está instalando el aborto libre⁽²⁴⁾. Empeora la cuestión el hecho de que, según resulta de “F. A. L.”, la solicitud del aborto no tiene tiempo límite, es decir, una mujer podría requerir el aborto incluso a los siete u ocho meses del embarazo si encuentra al médico que acepte practicarlo (siempre lo habrá). De esta manera, como consecuencia práctica de “F. A. L.” (sin duda no querida por el tribunal), el ordenamiento jurídico argentino pasa a tener el sistema de aborto libre más permisivo del mundo.

5. El fallo “Artavia Murillo”⁽²⁵⁾. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional

Se trata esta de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 28-11-12. Antes de considerarla sintéticamente en su contenido cabe que nos detengamos un instante en la valoración de los efectos locales de las decisiones de este tribunal regional.

Para analizar esta cuestión debemos tener presentes los dos niveles de validez del “tratado de jerarquía constitucional” o simplemente “tratado constitucional”, según lo que hemos visto antes.

Recordemos que el “tratado constitucional” –la CADH, en el caso– vale como obligación internacional de nuestro país, de acuerdo con las estipulaciones de la misma Convención, en las condiciones de su vigencia para la Argentina, y conforme a las reglas de interpretación de la Convención de Viena.

En este sentido, la Argentina se obligó en los términos del art. 68.1 de la Convención: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte⁽²⁶⁾ en todo caso en que sean partes”. Esta es la obligación internacional que pesa sobre la Argentina y el resto de los Estados parte. Su límite se encuentra en los límites mismos de la causa conocida por la CIDH, entre tales límites, principalmente la calidad de parte en dicha causa. No hay una sola norma en la CADH que les otorgue a las sentencias de la CIDH valor jurisprudencial de precedente, ni siquiera en los casos de coincidencia de parte. Tampoco la CADH les otorga a las sentencias de la CIDH valor interpretativo de la Convención⁽²⁷⁾, sin perjuicio de la importancia doctrinaria que tales fallos puedan tener como una guía interpretativa a valorar en cada caso concreto.

En consecuencia, en tanto que en “Artavia Murillo” la Argentina no fue parte, tal sentencia no la obliga, no puede ser considerada, al menos para nuestro país, con valor de precedente, y su calidad interpretativa de la CADH puede ser valorada (de manera positiva o negativa) en cada caso en que el intérprete (juez o doctrinario) decida hacerlo.

En el nivel constitucional, lo primero y fundamental que debe ser considerado es que la CADH –y las otras de igual jerarquía constitucional– tienen tal jerarquía en tanto complementarias de la primera parte de la Constitución (declaraciones de derechos y garantías) y no de su segunda parte (organización del gobierno federal y sus relaciones con las provincias). Por tanto, en nada modifica el régimen de “división de poderes” adoptado por la Constitución, en particular, la composición y competencia del Poder Judicial, y de la Corte Suprema como último tribunal decisor en todas las causas que lleguen a su conocimiento, según lo previsto en el art. 16 de la CN.

Así resulta claramente de lo decidido por la Corte Suprema en “Fontevecchia”⁽²⁸⁾.

(24) Al menos el médico debería comprobar la existencia de la violación y dejar constancia de ello, archivando estos documentos junto con la declaración jurada escrita hecha por el solicitante del aborto, constancias que deberían ser guardadas por el médico o por el hospital durante un tiempo que debería ser igual al de prescripción de la acción penal por aborto.

(25) “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in Vitro’) vs. Costa Rica”, sentencia del 28-11-12.

(26) Se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos creada por el art. 33 de la CADH.

(27) El art. 62.3 de la CADH le otorga a la CIDH “competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación” de la Convención, pero ello, obviamente, dentro de los límites del caso, entre ellos, cabe la reiteración, los fijados por las partes y el objeto del litigio.

(28) CS, Fallos: 340:47 (2017), “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

De esta manera, “Artavia Murillo” carece de valor resolutivo para nuestro país, no constituye un precedente para nuestros jueces y tampoco importa una doctrina vinculante en modo alguno⁽²⁹⁾. Sus argumentos, por supuesto, merecen ser considerados, aunque, creemos, en tono sumamente crítico. En cualquier caso, muchos de los argumentos del caso resultan contradictorios con los principios de derecho público establecidos por la Constitución (art. 23 de esta). Obviamente, lo relativo a la condición de humanidad (“niño”) que resulta del art. 1º de la CDN, en las condiciones de su vigencia para la Argentina, es un principio de derecho público que nuestro país puede oponer como razón de resistencia al cumplimiento de cualquier presunta obligación internacional.

El caso comentado llegó a conocimiento de la CIDH en razón de “alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro*” o FIV (numeral 2º), de conformidad con la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15-3-00 (ver numeral 71 y sigs.)

No es necesario detenernos particularmente en la crítica del fallo, cuya sustancia reside en sostener la científicamente rechazable teoría del “preembrión”, condición que correspondería al óvulo fecundado hasta tanto se implante en el útero de la madre (o de la portadora), cuestión que ya hemos criticado más arriba y, obviamente, no resulta de la letra del art. 4.1 de la CADH.

Notemos que a la fecha de la sanción de la Convención –22-11-69– no se había desarrollado la categoría del “preembrión”, ni mucho menos las técnicas de FIV o la producción de la denominada “píldora del día después”. La palabra “concepción” tenía entonces (como lo tiene hoy, por otra parte) un sentido unívoco, el mismo que tuvo en cuenta nuestro legislador de la ley aprobatoria 23.054 (año 1984) conforme a los arts. 70, 76 y 77 del entonces vigente Código Civil, que era la categoría jurídica que conocían y tenían a la vista. Cabe reiterar que las palabras “en general” utilizadas por el art. 4.1 de la Convención se refieren a la protección de la ley y no a la concepción, es decir, permiten admitir excusas penales frente al aborto o (ahora) a la destrucción de embriones (sin perjuicio del derecho del Estado a limitar las prácticas que llevan a tal destrucción), y no pensar que una mujer puede estar no del todo embarazada hasta la implantación del embrión en el útero. La fundamentación de “Artavia Murillo” contiene otra desafortunada invención. Como muy bien lo destaca REVIRIEGO⁽³⁰⁾, en el numeral 264 interpreta que la expresión “en general” del art. 4.1 importa que la protección del derecho a la vida “es gradual e incremental”, interpretación que, es evidente, nada tiene que ver con la letra del citado art. 4.1.

Siempre con relación a “Artavia Murillo”, REVIRIEGO⁽³¹⁾ asienta una crítica que creemos de interesante lectura: “Esta interpretación de la Corte Americana resulta –en mi criterio– peligrosa y arbitraria, y claramente tiende a favorecer a los laboratorios que se dedican a realizar las técnicas de fecundación humana asistida”, en la que, recuerda el autor los datos de las pericias producidas en el expediente, “se produce una mortandad del 90 % de los embriones, mientras que las fecundaciones naturales alcanzan al 30 % (según la perito Garza). Otros afirman que la mortalidad es mayor en la FIV (perito Caruso)”.

Pero no todo es tan negativo en “Artavia Murillo”. Del mismo numeral 264 resulta que luego de la implantación –es decir, a partir de la segunda semana de la fecundación– corresponde la aplicación del art. 4.1, es decir, de la protección de la ley: “... la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención”, por lo que, *a contrario sensu*, a partir de la implantación el derecho a la vida del embrión (ya no más “preembrión”) debe contar con la plena protección de la ley.

(29) En el mismo sentido, REVIRIEGO, NICOLÁS, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, obra colectiva dirigida por Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, La Ley, 2014, t. I, comentario al art. 19 del cód. civil y comercial, pág. 118 y sigs.

(30) *Ibidem*, pág. 119.

(31) *Ibidem*.

6. La protección penal

Definido que, para nuestro ordenamiento jurídico, a nivel constitucional el *nasciturus* desde la concepción es *niño*, corresponde nos detengamos a considerar el grado de protección que las convenciones constitucionales le otorgan a ese sujeto-niño, sin perjuicio del régimen de seguridad social especial e integral (que supone y exige la vida) previsto en el art. 75.23 de la CN.

Recordemos que el art. 2.1 de la CDN dispone: “Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño...”. Obviamente la de por nacer es una condición del niño aun antes de su nacimiento y cualquiera sea su situación física, no solo frente a malformaciones, sino entendiendo que la situación o condición de no nacido pueda interpretarse como una forma de impedimento para su defensa (por ejemplo, el llanto o la defensa por terceros).

En forma terminante el art. 6.1, siempre de la CDN, prescribe que “los Estados partes reconocen que todo niño tiene el *derecho intrínseco a la vida*”, mientras que el siguiente inciso ordena: “Los Estados partes garantizarán en la *máxima medida posible* la supervivencia y el desarrollo del niño” (destacados agregados).

Tengamos también presente que el art. 4.1 de la CADH determina que “toda persona tiene derecho a que se respete *su vida*”, derecho que debe estar “*protegido por la ley* (...) a partir del momento de la concepción” (destacados agregados). Para esto, conforme al art. 2º, “los Estados partes se comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos...” los derechos y libertades reconocidos por la CADH.

¿Cómo *protege la ley*, en la *máxima medida posible*, el derecho a la vida de toda persona? En general, el ordenamiento protege los derechos por la vía del cumplimiento coactivo de la obligación o bien de la reparación, o de ambos. Claro que esto no es posible con relación al derecho a la vida. Para la víctima, una vez conculcado este derecho, no hay cumplimiento ni reparación posible, sin perjuicio de la indemnización debida a los deudos, lo que, en el punto, carece de importancia. Es cierto también que el derecho a la vida se protege con una política económica y social que limite “en la máxima medida posible” el número de indigentes, de los excluidos de los beneficios de la vida social, los que no tienen suficiente atención sanitaria, abrigo o alimento. También la prevención y la educación sexual. Estas políticas también harían disminuir, en mucho, el número de abortos; lamentablemente, ciertos gobiernos promueven la legislación abortista mientras, con sus políticas absurdas, condenan a gran parte de su población a la miseria⁽³²⁾.

Pero la protección última, en la *máxima medida posible*, no puede ser otra que la norma penal, en lo que esta tiene de efecto disuasorio (desgraciadamente, nunca absoluto) con respecto a la comisión del hecho tipificado como delito.

Las legislaciones que, antes que contemplar situaciones de exculpación penal con relación al delito tipificado, despenalizan el aborto *en cualquier caso* durante un determinado período del embarazo están, obviamente, violando aquellas exigencias constitucionales. Al no estar penado, el aborto es una conducta permitida, absolutamente libre, ya que todos estamos habilitados a hacer aquello que la ley no prohíbe. Salvo las expresas prohibiciones legales, los individuos podemos hacer lo que nos dé la gana, con excepción de aquello que dañe injustamente a otro. En el caso del aborto libre, lamentablemente, ni siquiera se debe considerar esta última limitación.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - DELITO - DELITOS CONTRA LA VIDA - ABORTO - BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - MÉDICOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER LEGISLATIVO

(32) En la Argentina, país especialmente bendecido por sus riquezas naturales, el porcentaje de población que se encuentra por debajo de la línea de pobreza alcanza el 30 %, mientras que la indigencia oscila en un 6 %, siempre del total de la población.