Título: La propuesta de legitimación del aborto y el principio de coherencia en el derecho positivo argentino (más allá de la inconstitucionalidad)
Autor: Pastore, Analía G.
Publicado en: DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 193
Cita Online: AR/DOC/1169/2018

Sumario: I. Introducción.— II. El embarazo comienza con la fecundación. Fecundación es la unión del óvulo y el espermatozoide. Concepción equivale a fecundación.— III. El "producto de la concepción" humana tiene vida desde el instante mismo de la fecundación. Esa vida es humana (ser humano). Todo ser humano es persona, tiene derecho intrínseco a la vida y todas las personas son iguales ante la ley. La existencia de la persona comienza con la concepción y desde ese mismo momento se reconoce y garantiza el derecho inviolable a la vida.— IV. A partir de la concepción ya hay un niño, titular de los derechos que se enuncian en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de los demás derechos reconocidos a todo ser humano como inherentes a la dignidad natural de la persona humana.— V. El orden jurídico normativo argentino considera hijo al niño por nacer.— VI. En caso de conflicto, el interés del niño es superior.— VII. La ley prevé un sistema de registro de defunciones fetales y el Ministerio de Salud de la Nación las incluye entre los "hechos vitales" objeto de análisis e información estadística en miras a la planificación de políticas públicas de salud.— VIII. Alcances de los fallos de la CS en relación al caso "F., A. L.".— IX. La responsabilidad internacional de nuestro país en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.— X. La norma del art. 86, Cód. Penal en el contexto normativo constitucional e infraconstitucional argentino.— XI. Conclusión.

(1)

I. Introducción

En el marco de las reuniones informativas plenarias de las Comisiones de Legislación General; Legislación Penal; Acción Social y Salud Pública, y Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia que en torno a los proyectos de ley sobre Régimen de Interrupción Voluntaria del Embarazo se realizaron en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación a partir del 10 de abril de 2018 (2), intentaré evidenciar de qué modo y con qué alcances el embrión es jurídicamente reconocido en nuestro país como sujeto pleno de derechos.

II. El embarazo comienza con la fecundación. Fecundación es la unión del óvulo y el espermatozoide. Concepción equivale a fecundación

Éste es el significado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) (3) ha atribuido al término "concepción", con elocuente claridad y solvencia científica (4) y normativa, interpretando el ordenamiento jurídico argentino, constitucional e infraconstitucional. Además, es el sentido que la Organización Mundial de la Salud (OMS) le atribuye en el Manual de práctica clínica para un aborto seguro (2014) no sólo cuando se refiere al "producto de la concepción" —que abrevia "PdeC"— ps. 2 (5), 12 (6), 35 (7) y 47 (8) sino cuando alude a la duración del embarazo (p. 3) (9) y recomienda determinados métodos abortivos (medicamentosos y quirúrgicos) para ponerle fin (10) señalando su inicio en el instante mismo de la fecundación (11).

Asimismo, es el sentido con que a tales términos —concepción y embarazo— se refiere, explícita o implícitamente, el Código Civil y Comercial (12) en las normas de los arts. 19 (13) (comienzo de la existencia de la persona humana), 20 (14) (duración del embarazo), 21 (15) (nacimiento con vida), 561 (16) (revocabilidad del consentimiento en filiación por TRHA), 566 (17) (presunción de filiación matrimonial basada en la consideración de la duración presunta del embarazo), 568 (presunciones de filiación matrimonial en los supuestos de matrimonios sucesivos fundadas, también, en la duración presunta del embarazo) y 585 (18) (presunción de paternidad extramatrimonial sustentada en la convivencia con la madre en la época de la concepción).

III. El "producto de la concepción" (19) humana tiene vida desde el instante mismo de la fecundación. Esa vida es humana (ser humano). Todo ser humano es persona, tiene derecho intrínseco a la vida y todas las personas son iguales ante la ley. La existencia de la persona comienza con la concepción y desde ese mismo momento se reconoce y garantiza el derecho inviolable a la vida

Una de las grandes conquistas de los derechos humanos ha sido la identificación entre ser humano y persona. La abolición de la esclavitud constituyó, en este sentido, un hito en la historia de la humanidad, precisamente porque parecía haber puesto fin a la posibilidad de que un sujeto fuera tratado como un objeto. En nuestro país, la jerarquía constitucional que califica superlativamente el reconocimiento jurídico de la personalidad atribuible a todo ser humano se complementa con la protección de la vida desde el momento de la concepción sin posibilidad de distinción alguna en virtud de la igualdad inherente a todas las personas.

Así se encuentra plasmado en las normas convencionales (arts. I, II, XVII y XXX de la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) (20); arts. 2.1., 3º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (21); arts. 1.2., 3, 4.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (22); arts. 6.1., 6.5., 24.1. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (23), en la Constitución Nacional [arts. 15, 16, 29 y 75, inc. 23 (24) y en la mayoría de las constituciones provinciales —quince entre veintitrés— que expresamente reconocen el derecho a la vida desde la concepción [Buenos Aires, art. 12.1. (25); Catamarca, art. 65, III, inc. 1º (26); Córdoba, arts. 4º y 19.1. (27); Chaco, art. 15.1. (28); Chubut, art. 18.1. (29); Entre Ríos, art. 16 (30); Formosa, art. 5º (31); Río Negro, art. 16 en correlación con el 59 (32); Salta, art. 10 (33); San Juan, art. 4º.1. (34); San Luis, arts. 13 y 49 (35); Santiago del Estero, art. 16.1. (36); Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur, art. 14.1. (37); Tucumán, Preámbulo y arts. 40.1. y 146 (38)].

Si bien las provincias no pueden desconocer, ni limitar de ninguna manera, los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional (arts. 5º y 31 CN), en cambio, tienen atribución para ampliar el ámbito de protección. Por ello, si una constitución provincial reconociera cualquier derecho con mayor amplitud que la Constitución Nacional, prevalecería la norma local, salvo que esta hubiera sido dictada invadiendo el ámbito de poderes delegados en el gobierno federal, en cuyo caso sería inconstitucional (39). De tal modo, toda pretensión legislativa que pase por alto las declaraciones, derechos y garantías que válidamente han reconocido las constituciones provinciales importaría un avasallamiento de la autonomía local y una violación a la forma federal de Estado.

Por su parte, el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) establece que "toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos" (art. 22, 1ª. parte) y que puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial" (art. 23), comprendiendo a la "persona por nacer" entre las "personas incapaces de ejercicio" (art. 24, inc. a), esto es, aquellas que ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí (art. 100). La categorización de la persona por nacer como incapaz de ejercicio presupone, como condición sine qua non, el reconocimiento de su personalidad y la consecuente titularidad de derechos. Además, sería un absurdo pensar que el legislador haya previsto la incapacidad de ejercer lo que no se tiene.

IV. A partir de la concepción ya hay un niño (40) , titular de los derechos que se enuncian en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de los demás derechos reconocidos a todo ser humano como inherentes a la dignidad natural de la persona humana

Más allá del texto del Preámbulo de la CDN que, con fundamento en la falta de madurez física y mental, destaca la necesidad de asegurarle al niño no nacido protección y cuidado especiales, así como la debida protección legal, la declaración unilateral del Estado argentino contenida en el art. 2º de la ley 23.849 tiene la virtualidad de no tolerar interpretaciones que sostengan que antes del nacimiento no hay un niño, ampliando de tal forma los compromisos asumidos por el Estado en virtud de la extensión que, sin distinción alguna posible, le reconoce a la tutela (41).

En concomitancia con ello, la jurisprudencia de la CS ha reconocido en forma reiterada la condición de persona humana del niño por nacer. Así lo ha hecho en "T., S". (42), "Portal de Belén" (43) y "Sánchez, Elvira B." (44). Esta doctrina fue también sostenida en "F., A. L." ya que el voto mayoritario reafirma la condición de sujeto de derecho del nasciturus y el deber estatal de garantizarle protección normativa, si bien entendiendo que el Pacto de San José de Costa Rica no quiso "establecer una protección absoluta del derecho a la vida" (45).

Esta interpretación restrictiva, sin embargo, choca con un cúmulo de normas convencionales que extreman la protección del niño y que, además de reconocerle el derecho intrínseco a la vida, le imponen al Estado el deber de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo (46), estableciendo la prevalencia de cualquier disposición del derecho interno o internacional vigente que resultara más conducente a la realización de los derechos del niño (47). Se opone, además, al principio pro homine "que informa todo el derecho de los derechos humanos" y por el cual "las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano" (48), entre los cuales se ubica el derecho a la vida del niño por nacer, en tanto "primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional" (49).

En esta línea, la legislación interna establece un sistema de protección integral de los niños para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Los derechos de los niños 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 se derivan en cabeza de los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar su ejercicio y goce a través de medidas expeditas y eficaces (art. 1º, Ley 26.061). Este sistema protectorio es de orden público, irrenunciable, interdependiente, indivisible e

intransigible (art. 2º, 2º párr., ley 26.061).

Cuando la vulnerabilidad propia del niño no nacido se encuentra potenciada por la discapacidad, la ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad) (50) garantiza, desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico, psíquico y social, agregando que cuando durante el embarazo se detecta una patología discapacitante en el feto se pondrán en marcha los tratamientos necesarios para evitar o compensar la discapacidad (art. 14).

La ley 24.660 (Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad), por su parte, justificado en el reconocimiento de la presencia e inocencia del niño en gestación, prevé la posibilidad de que la mujer embarazada cumpla la pena impuesta en detención domiciliaria (51). En paralelo, la normativa convencional prohíbe la imposición de la pena de muerte a los menores de 18 años y a las mujeres en estado de gravidez (52).

V. El orden jurídico normativo argentino considera hijo al niño por nacer

La ley 24.174 (Régimen de Asignaciones Familiares) establece con carácter nacional y obligatorio (art. 1º) una asignación prenatal (art. 6º, inc. c) (53) que se abona desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo (art. 9º).

En el contexto de una acción por despido, la jurisprudencia ha considerado al hijo por nacer de la trabajadora como "carga de familia" entendiendo que el nasciturus es hijo de la madre que lo lleva en el vientre y que, como la ley no distingue entre hijos no nacidos y por nacer, no pueden interpretarse las normas de derecho previsional de modo restrictivo respecto del surgimiento del beneficio social (54).

La ley 25.543 (Test Diagnóstico del Virus de Inmunodeficiencia Humana) establece la obligatoriedad del ofrecimiento del test de VIH a toda mujer embarazada como parte del cuidado prenatal normal y dispone que el consentimiento previamente informado tratará, en caso de ser positivo, sobre las implicancias de la aplicación o no del tratamiento para el hijo por nacer (art. 4º).

Es posible el reconocimiento del hijo por nacer (art. 574, Cód. Civ. y Com.) (55), cuya inscripción, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, prevé la Disposición General del Registro Civil 18/2018 (56), así como la impugnación —preventiva— de la filiación matrimonial del nasciturus (art. 592, Cód. Civ. y Com.) (57).

Por su parte, se le reconoce al hijo por nacer derecho alimentario que la mujer embarazada puede reclamar al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665, Cód. Civ. y Com.).

Si bien una interpretación exclusivamente literal de la norma podría conducir precipitadamente a sostener que la legitimación para demandar corresponde a la madre embarazada, ello importaría desconocer las pautas interpretativas que se desprenden del propio Cód. Civ. y Com. (art. 2º) (58). De la misma ratio legis surge, mediante un análisis sistemático (59), que la norma habilita a la mujer embarazada a demandar alimentos en representación del hijo por nacer (60). Ésta ha sido la orientación que la jurisprudencia, sin hesitación alguna, venía sosteniendo en vigencia del Código Civil afirmando que los padres deben alimentos a sus hijos desde el momento de la concepción, en tanto la fuente de tal obligación es la responsabilidad parental que comienza a generar sus derechos y deberes con el inicio de la existencia de la persona, los cuales, en virtud de sus fines tuitivos y su naturaleza de orden público, son irrenunciables (61), o admitiendo la solicitud de alimentos provisorios incoada por la madre a favor de la persona por nacer precisando que la cuota alimentaria tiende a cubrir las necesidades imprescindibles de la persona por nacer e indirectamente a la madre (62).

La misma dirección han adoptado las decisiones judiciales posteriores a la reforma civil y comercial sentenciando que el derecho alimentario se encuentra en cabeza de la persona por nacer en tanto que la mujer embarazada lleva a cabo el reclamo en carácter de representante (arts. 101, inc. a y 661, inc. a, Cód. Civ. y Com.) (63).

Ocurre que, por ser incapaz de ejercicio [art. 24, inc. a, Cód. Civ. y Com.], en el reclamo alimentario la persona por nacer habrá de ser representada por su madre [arts. 101, inc. a) y 661, inc. a), Cód. Civ. y Com.] y, en su defecto, subsidiariamente, por cualquiera de sus parientes o el Ministerio Público, actuando este último de modo principal [arts. 661, inc. c) y 103, inc. b), Cód. Civ. y Com.] (64).

Asimismo, dado que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51, Cód. Civ. y Com.), cuando, de cualquier modo, resultara menoscabada en su dignidad personal puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos (art. 52, Cód. Civ. y Com.) (65).

Los anales jurisprudenciales ilustran sobre casos de responsabilidad civil derivados del fallecimiento del hijo por nacer (66). En este sentido, se ha resuelto la procedencia de la indemnización por daño moral

entendiendo que la muerte del nasciturus ocasiona un menoscabo extrapatrimonial a sus padres que por su intensidad y perdurabilidad luce incuestionable, sin que corresponda hacer distinción alguna con la muerte de un hijo nacido, dado que se trata de la pérdida de un ser humano con pleno estatus jurídico como persona (67).

De igual modo se ha reconocido la indemnización del daño material por pérdida de chances de sostén económico futuro y ayuda por parte del hijo por nacer fallecido (68), y se ha afirmado que "la muerte de una persona por nacer, al igual que la del recién nacido, es indemnizable dentro del concepto del daño material, como frustración de la chance de obtener ayuda económica del hijo en la ancianidad o en la indigencia", agregando que "debe reconocerse que, especialmente con relación a las familias de recursos modestos, esa posibilidad encierra una fuerte dosis de probabilidad" (69).

La condición de hijo del nasciturus también ha sido reconocida condenando a la obra social a afiliar al hijo por nacer de la actora como parte de su grupo familiar primario y a brindarle la cobertura de los estudios médicos cardiológicos necesarios, en virtud de la patología que padecía, sin considerarla enfermedad preexistente ni abonar cuota diferencial alguna (70).

Por otra parte, la responsabilidad parental (71) se sustenta en la consideración de los hijos como sujetos plenos de derechos, y se relaciona con la idea de contención y acompañamiento que los progenitores deben ejercer en interés de los hijos, teniendo como límite el principio de su autonomía progresiva (72). Su titularidad no deriva de la ley sino que esta se limita a constatarla como preexistente (73) (74).

Entre los deberes de los progenitores se hallan explicitados el cuidado del hijo considerando sus necesidades específicas según las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo [art. 646, incs. a) y b), Cód. Civ. y Com.], así como representarlo [art. 646, inc. f), Cód. Civ. y Com.] y alimentarlo (art. 658, Cód. Civ. y Com.). El castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños se encuentra prohibido (art. 647, Cód. Civ. y Com.).

Dado que la persona por nacer es incapaz de ejercicio [art. 24, inc. a), Cód. Civ. y Com.], ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (arts. 26 y 100, Cód. Civ. y Com.), resultando los menores de edad no emancipados, en general, así como las personas por nacer, en particular, representados por sus padres [art. 101, incs. b) y a), Cód. Civ. y Com.].

La responsabilidad parental se rige, entre otros, por el principio del interés superior del niño [art. 639, inc. a), Cód. Civ. y Com.]. Cuando exista conflicto de intereses entre los representados y sus representantes corresponde la designación judicial de un tutor especial [art. 109, inc. a), Cód. Civ. y Com.]. Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, así como los funcionarios públicos que, en ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de la tutela, deben denunciar cuando el menor carezca de referente adulto que lo proteja bajo pena de resultar responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño (art. 111, Cód. Civ. y Com.).

La designación de un tutor especial procede en todos aquellos casos en que los intereses de los menores están en oposición a los de sus padres bajo cuyo cuidado se encuentren (75). Y dado que el niño por nacer es normalmente representado por su madre, cuando existieran intereses contrapuestos entre aquél y su progenitora será necesaria e ineludible la designación de un tutor especial.

VI. En caso de conflicto, el interés del niño es superior

En todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial a que se atenderá será su interés superior (art. 3º.1. CDN) entendido como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en el derecho interno e internacional, debiéndose respetar, entre otras cosas, su condición de sujeto de derecho [art. 3º.a), ley 26.061]. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños frente a otros igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (art. 3º, últ. párr., ley 26.061).

Pesa sobre los organismos estatales una responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal, en cuya formulación, ejecución y prestación es prioritario que mantengan siempre presente el interés superior de los niños y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de los niños. Las políticas públicas deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de los niños. Esta prioridad absoluta implica protección y auxilio en cualquier circunstancia; prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice, y preferencia de atención en los servicios esenciales (art. 5º, ley 26.061).

VII. La ley prevé un sistema de registro de defunciones fetales (76) y el Ministerio de Salud de la Nación las

incluye entre los "hechos vitales" objeto de análisis e información estadística en miras a la planificación de políticas públicas de salud

El Ministerio de Salud de la Nación ha adoptado la definición de defunción fetal recomendada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que comprende "la muerte de un producto de la concepción, antes de la expulsión o la extracción completa del cuerpo de la madre, independientemente de la duración del embarazo; (...) indicada por el hecho de que después de la separación, el feto no respira ni da ninguna otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de la contracción voluntaria". Las defunciones fetales "deben" ser registradas por los médicos, aclarándose que "los abortos son parte de las defunciones fetales" (77).

Constatada la muerte fetal, el médico debe completar un formulario compuesto por dos secciones: el certificado de defunción que registra la muerte con fines legales, y el informe de defunción fetal que capta los datos con fines estadísticos. Su importancia deriva del hecho de que será la fuente para labrar el acta de defunción fetal. Por tales motivos, su imprecisión o consignación de datos falsos afecta no sólo la seguridad jurídica sino también la planificación de una adecuada política pública de salud (78).

En la Pcia. de Buenos Aires, el sistema de registro de defunciones fetales se encuentra regulado por la ley 14.078 (79) (cap. V) para el caso de fallecimiento ocurrido "con anterioridad a la expulsión completa o extracción del cuerpo de la madre, cualquiera que haya sido la duración del embarazo" (art. 49) (80).

La normativa distingue dos procedimientos en base a la clasificación de la muerte fetal como precoz (menor de 20 semanas completas de gestación desde la fecha de la última menstruación o peso del feto inferior a 500 grs.), o intermedia (desde 20 a menos de 28 semanas), tardía (desde 28 semanas completas o más) o de peso superior a 500 grs. En el primer caso la inscripción de la defunción fetal es voluntaria para los padres, pudiendo solicitar al Registro Civil la licencia de inhumación sin labrar el asiento respectivo; en el segundo supuesto, en cambio, debe procederse a labrar el acta de defunción fetal (art. 50).

En la inscripción de la defunción fetal se consigna "N" como nombre. Si se acredita el matrimonio de la madre el asiento se completa con los nombres y apellidos de los padres; caso contrario, se consigna sólo el nombre y apellido de la madre y/o padre que hubiere suscripto el formulario de denuncia de la defunción, y si ninguno de ellos lo hubiera suscripto, se le asigna un apellido común (art. 51).

En la Ciudad de Buenos Aires, por su parte, la Disposición General del Registro Civil 18/2018 (81) regula el procedimiento de inscripción de las defunciones fetales en el cap. 21 disponiendo que el acta se debe labrar cuando la expulsión del feto del seno materno se produjera sin vida, transcurridos más de 180 días desde la concepción (82). Si, en cambio, la edad gestacional fuera inferior a 180 días, la licencia de inhumación se expide sin labrar el acta respectiva (art. 210) (83).

Las Estadísticas Vitales integran el Sistema Estadístico de Salud (SES) en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación por delegación del INDeC (84). En ese contexto, la Dirección de Estadísticas e Información de Salud (DEIS) (85) es responsable de la coordinación del SES y la centralización de los datos, proporcionando normas uniformes de recolección, elaboración y análisis de la información estadística. La elaboración de la información se basa en los registros permanentes de Estadísticas Vitales en relación a nacidos vivos, matrimonio, defunción y defunción fetal (86).

Su publicación busca difundir la información estadística básica sobre tales hechos vitales. La obtención de los datos supone el cumplimiento de diversas etapas. A nivel local, los establecimientos y el personal de salud certifican los hechos y captan los datos básicos en los instrumentos de recolección de datos normatizados; los registros civiles y sus delegaciones inscriben y registran legalmente los hechos vitales, y transmiten los datos al nivel jurisdiccional. A nivel jurisdiccional —provincial y de la Ciudad de Buenos Aires—, las unidades de Estadísticas Vitales y de Salud realizan la recepción, el control, la codificación, el ingreso y la elaboración de los datos, suministrando anualmente los archivos al nivel nacional. A nivel nacional, la DEIS elabora las estadísticas sobre hechos vitales para el total del país; interviene en la normatización de todos los procesos que hacen a la producción de información, y publica y difunde información de interés nacional, teniendo en cuenta recomendaciones internacionales (87).

Que las defunciones fetales se hallen entre las estadísticas vitales es por sí mismo una prueba irrefutable del valor que el Estado reconoce a la vida de la persona por nacer al punto de considerar de vital importancia la implementación de políticas públicas tendientes al resguardo de su salud para prevenir la mortalidad fetal. En este sentido, desde el punto de vista obstétrico, las acciones están dirigidas sólo a los factores de riesgo postconcepcionales, ya que el obstetra actúa desde el momento en el que la mujer entra al sistema de cuidados prenatales. Desde la perspectiva de la salud pública y de la investigación epidemiológica, las acciones están dirigidas, además, a los factores de riesgo preconcepcionales (88).

Si bien las muertes fetales son producidas por varios factores cuyos pesos relativos aún se ignoran, con diversa incidencia según se trate de países más o menos desarrollados, se sabe que el pronóstico de sobrevida del feto es peor cuando su crecimiento ha sido deficiente. Cuanto menor sea el peso logrado a una edad gestacional dada, mayor es la probabilidad de morir (89). Más aún, el efecto del peso sobre la mortalidad se prolonga más allá de la etapa fetal abarcando, también, el período neonatal en el que continúa la vulnerabilidad y se producen muertes por infecciones varias (90).

A efectos de contextualizar la problemática que el proyecto de ley sobre legitimación del aborto vendría a mitigar resulta sumamente interesante intentar una valoración en perspectiva a partir de la última información recaba sobre estadísticas vitales. Del Anuario de Estadísticas Vitales de 2016 surge la registración de 6.086 defunciones fetales (91). En igual período, por su parte, se registraron 43 muertes maternas por embarazo terminado en aborto, 135 por causas obstétricas directas y 67 por casusas obstétricas indirectas, totalizando 245 defunciones maternas, entre las cuales el aborto fue la causal con menor incidencia (92).

Por otro lado, el mismo informe da cuenta de un problema de considerable gravedad que, inexplicablemente, transcurridos ya varios años desde que fuera evidenciado, aún persiste, esto es, la omisión de registro de nacimientos (93). Un estudio realizado en el período 2005-2009 permitió detectar, además, un subregistro de defunciones infantiles de magnitud inferior a los nacimientos, salvo en Santiago del Estero donde alcanzó niveles importantes, incluso superiores a los constatados en otro estudio realizado en el año 2000 (94).

Durante los años 2016 y 2017 la DEIS llevó adelante una nueva investigación sobre la cobertura del registro de nacimientos destinada a evaluar el estado actual de la omisión de registro y las demoras en la inscripción de los nacimientos para el total del país y por jurisdicción. La omisión de nacidos vivos que surge de comparar los datos que brinda el Censo 2010 con los nacidos vivos registrados por el Subsistema de Estadísticas Vitales es del 6% para el total del país con diferencias elevadas entre los valores provinciales (Santiago del Estero, Santa Fe y Tierra del Fuego, por ejemplo, arrojaron valores por encima del 10%). Por su parte, los nacimientos registrados luego de los 6 meses o del año de ocurridos son porcentualmente superiores en madres adolescentes alcanzadas por variables vinculadas a condiciones socioeconómicas más desfavorables, entre las que se refieren menores niveles de instrucción y la no convivencia en pareja al momento del nacimiento (95).

VIII. Alcances de los fallos de la CS con relación al caso "F., A. L."

A diferencia del sistema anglosajón, los fallos de la CS, incluido "F., A. L." (96), no son vinculantes para los demás tribunales en otros casos, por análogos que fueran, máxime si la materia en cuestión se halla dentro de la órbita del derecho público local.

Los fallos de la CS son vinculantes en la causa en la que han sido dictados y obligan a las partes y a los tribunales inferiores intervinientes implicando, además, todo lo conducente para hacerlos efectivos (97); pero no es posible sostener que en nuestro sistema jurídico tales sentencias sean vinculantes para los demás tribunales en otros casos, aunque resultaran análogos, porque no existe ninguna norma constitucional o infraconstitucional que así lo establezca (98).

En el caso "F., A. L.", el voto mayoritario del Alto Tribunal traspasó el ejercicio de su potestad jurisdiccional específica conforme a lo normado por el art. 2º de la ley 27 (Organización de la Justicia Nacional) (99). A partir del consid. 18, cuando manifiesta que considera "oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento" en vista del "importante grado de desinformación" que impera en la materia entre los profesionales de la salud, dejando aclarado que su intervención es a los efectos de "esclarecer la confusión reinante", no ejerce la función propiamente jurisdiccional sino que más bien persigue difundir y esclarecer una cuestión. Así ocurre cuando formula ciertos recordatorios (consid. 20) y advertencias (consid. 22), enuncia algunas pautas de interpretación (consids. 21 y 23), fija reglas de procedimiento (considerandos 24 a 28) y, finalmente, formula una exhortación a las autoridades nacionales, provinciales y municipales y a los Poderes Judiciales Nacional, Provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires (100).

Si bien en muchas ocasiones la Corte Suprema ha hecho referencia a un "deber moral" (101) de los jueces inferiores de conformar sus decisiones a las que ella ha adoptado en casos análogos, salvo que hubiese motivos valederos para apartarse, y también ha hablado de un "deber institucional" (102) en el mismo sentido, no lo es menos que en tantos otros ha manifestado que "la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones" (103) (104).

Por otra parte, en lo que respecta a materia de derecho público local, la Corte ha sostenido que sus fallos carecen de fuerza vinculante para los tribunales locales (105). En este sentido, cuando realizó su exhortación genérica a todas las autoridades nacionales, provinciales y municipales, la Corte no tuvo en cuenta las normas

de derecho público local (constitucionales y legales) que se vinculan con el ámbito de los poderes conservados por los estados provinciales y que hacen a su autonomía institucional y política (arts. 5º, 121 y ss.. CN) (106) (107).

IX. La responsabilidad internacional de nuestro país en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La efectiva protección de la vida de los niños por nacer no genera responsabilidad internacional de la República Argentina por supuesta violación de derechos humanos de las madres.

Ante el posible conflicto de derechos de la madre y del niño por nacer nuestro país se ha obligado frente a la comunidad internacional a que los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos del Estado atenderán al "interés superior del niño" como "condición primordial" (art. 3º.1. CDN) (108).

Si bien es cierto que al ejercer el denominado control de convencionalidad los jueces deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (109), ello no importa sostener que irradien sin más una fuerza vinculante hacia todos los casos similares, aun cuando nuestro país no haya sido parte en la causa (110).

Tampoco debe olvidarse la norma del art. 27 CN (111) que atribuye prevalencia a los "principios de derecho público", contenido del orden público constitucional interno (112), sobre las disposiciones convencionales internacionales (113).

El único compromiso de acatamiento obligatorio que ha hecho nuestro país en los sistemas de protección supranacional de derechos humanos se refiere a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en los casos en que ha sido parte (art. 68.1. CADH (114) y, si bien la CS tiene sentado el criterio de que la jurisprudencia internacional "debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" (115), no implica necesariamente una "aplicación irreflexiva y automática" de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana u otros tribunales supranacionales (116).

No existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la CIDH poder para imponer a los Estados la obligación de "acatar" su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional (117). Sus decisiones no tienen efectos erga omnes sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado (118). En este contexto debe ser valorada la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") c. Costa Rica" (119).

En cuanto a los denominados comités, es necesario aclarar que no tienen carácter de órgano jurisdiccional —su integración ni siquiera requiere título ni conocimientos jurídicos— y, en consecuencia, sus recomendaciones u observaciones carecen de fuerza obligacional para los Estados (120).

Por eso, nuestra Corte Suprema ha dicho que "si bien por el principio de la buena fe el Estado Argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuestas favorables a las recomendaciones, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial" (121).

Más aún, el sistema interamericano de protección de derechos humanos es subsidiario, de naturaleza coadyuvante o complementario del derecho interno, rasgo que se manifiesta, entre otros, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional (cfr. arts. 46.1.a. y 61.2, CADH) y en el principio de que la Corte Interamericana no constituye "cuarta instancia" que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales (122). Por ello, a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino resulta imposible desconocer el carácter de órgano supremo de la Corte Suprema de Justicia pretendiendo sustituirlo por la CIDH, lo que importaría una clara transgresión a los arts. 27 y 108, CN (123).

X. La norma del art. 86, Cód. Penal en el contexto normativo constitucional e infraconstitucional argentino

Por el art. 75, inc. 12, CN las provincias han delegado en el Gobierno Federal la potestad de dictar los códigos de fondo. Ha quedado suficientemente demostrado que la legislación civil reconoce la personalidad del niño por nacer (124). En correspondencia con ello, se ha tipificado como delito el atentado contra la vida del niño por nacer (arts. 85 a 88, Cód. Penal) previendo que la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas (aparts. 1º y 2º del art. 86 del Cód. Penal) configuran excusas absolutorias que tornan al aborto no punible.

Ahora bien, el hecho de que el legislador haya eximido de pena a determinada conducta no necesariamente la transforma en lícita y, menos aún, en un derecho exigible. Como la no punibilidad de un delito no obsta a su antijuridicidad, un hecho no punible penalmente o incluso no tipificado como delito puede, de todos modos, contrariar el orden jurídico y, en consecuencia, resultar ilícito si atenta contra derechos de terceros o contra

algún bien jurídicamente protegido (orden o moral públicos) por otra rama del derecho (art. 19, CN) (125).

"El derecho penal cumple la misión de tutelar los bienes jurídicos contra aquellos ataques que, por su naturaleza, comportan un absoluto menosprecio o rechazo del valor que esos bienes revisten para la subsistencia de la comunidad". Pero "no actúa en todos los casos de infracción al orden jurídico, sino sólo cuando el quebrantamiento de las normas crea un estado de alarma general que engendra la necesidad de una reacción pública", "funciona en forma complementaria" reforzando la "protección que el resto del derecho otorga a los bienes jurídicos" (126).

El aborto, aun cuando concurran las circunstancias que configuran las excusas absolutorias de los aparts. 1º y 2º del art. 86 del Cód. Penal, importa quitarle la vida a otro ser humano y, por tanto, es una conducta antijurídica que, cuanto menos, vulnera el principio alterum non laedere (art. 19, CN) generando la obligación de indemnizar el daño material y moral.

El Código Penal no otorga una autorización para abortar en los casos del art. 86 (127) ni, menos aún, confiere un derecho a hacerlo; tampoco podría hacerlo pues pretender instaurar el "derecho de matar a otro" importaría sumergirse en una insalvable contradicción lógico jurídica, incompatible con el Estado de derecho. Sólo se limita a disponer por razones de política criminal —según la interpretación del legislador en 1921 que, tal vez, ya sea tiempo de revisar (128)— que no habrá sanción penal. Ello, en sí mismo, no obsta a la plena vigencia de las normas constitucionales e infraconstitucionales, incluidas las de derecho público local, que regulan las consecuencias no penales.

También es importante destacar que la penalización no persigue sólo el castigo sino la reprobación social de las conductas que tipifica. El respeto de la vida de la persona por nacer no es una cuestión meramente moral, en cuyo caso quedaría reservada al escrutinio de la conciencia, sino que se halla en íntima dependencia con la protección de un derecho humano fundamental que el Estado tiene el deber de resguardar.

XI. Conclusión

No es lo mismo despenalizar, legalizar y legitimar. Se despenaliza una conducta cuando se suprime su tipificación como delito penal pero continúa siendo antijurídica o contraria al ordenamiento jurídico. La legalización supone que una determinada conducta ya no sea considerada ilícita o contraria al ordenamiento jurídico sino permitida o autorizada sin que procedan sanciones de naturaleza alguna. Legitimar, en cambio, importa consagrar la realización de una conducta como un derecho individual, entonces, lo que pasa a ser antijurídico o ilícito es privar o perturbar el ejercicio de la conducta, porque se estará lesionando un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico (129).

Ocurre que si bien el derecho se sitúa en un marco ético apenas persigue la modesta finalidad de garantizar una convivencia pacífica. Encarna un mínimo moral desinteresado de la pretensión de hacer de los ciudadanos personas virtuosas. El nudo de la cuestión radica en determinar qué exigencias vincularán jurídicamente al conjunto de los ciudadanos. Para ello, será necesaria la formulación de un juicio moral que considere tales exigencias, por su pública relevancia, integradas en lo justo a partir —consciente o no— de una concepción de lo bueno(130). Entonces, será "la relevancia moral del bien de la vida la que exija la protección jurídica de la del no nacido" (131).

Finalmente, dado que el principio de coherencia refiere a la unidad de sentido o armonía entre los diversos preceptos normativos (132), surge, precisamente del análisis normativo precedente, que la consagración del "derecho a abortar", además de su originaria inconstitucionalidad, generaría una inconsistencia absoluta con todo el ordenamiento jurídico (art. 2º, Cód. Civ. y Com.) (133).

(1) Abogada; Especialista en Derecho de Familia; Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y de la Sección Bioderecho y Familia del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; Coordinadora Académica de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho de Familia, UCA; Profesora Ordinaria, UCA.

(2) Una versión sintética de este trabajo fue expuesta en la Reunión Informativa del día 26/04/2018.

(3) CS, 05/03/2002, "Portal de Belén"; Fallos 325:292. Consid. 4º: "Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario (...)".

(4) El Tribunal, luego de determinar que resultaba "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", busca la solución recurriendo a científicos expertos en la materia (consids. 4º a 7º). Entre ellos, Jean Rostand, premio Nobel de Biología; Jerome Lejeune, célebre genetista; W. J. Larson, profesor de Biología Celular, Neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinatti; B. Carlson, profesor y jefe del

Departamento de Anatomía y Biología Celular de la Universidad de Michigan; T. W. Sadler, profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte; Georges Salet, biólogo y matemático.

(5) OMS, "Manual de práctica clínica para un Aborto seguro", 2014, p. 2: "Abreviaturas. (...) PdeC productos de la concepción".

(6) OMS, "Manual de práctica clínica para un Aborto seguro", 2014, p. 12: "Aspiración por vacío. (...) El aborto completo se verifica fácilmente evaluando el PdeC aspirado".

(7) OMS, "Manual de práctica clínica para un Aborto seguro", 2014, p. 35: "Expulsión del feto y la placenta. Si el feto/producto de la concepción (PdeC) no han sido eliminados a las 8-10 horas de recibir misoprostol, realizar un examen vaginal, y retirar el PdeC si se encuentra presente en la vagina o el orificio cervical".

(8) OMS, "Manual de práctica clínica para un Aborto seguro", 2014, p. 47: "10. Inspeccionar el tejido. Es importante inspeccionar los PdeC, para asegurar un aborto consumado" y descartar un "aborto incompleto" o "fallido". Se indica qué buscar: "cantidad y presencia de PdeC", aclarando que "después de 9 semanas de gestación" debe haber "partes fetales visibles".

(9) OMS, "Manual de práctica clínica para un Aborto seguro", 2014, p. 3: "Duración del embarazo o edad gestacional". Se calcula en "días o semanas desde el primer día de la fecha de la última menstruación (FUM) de la mujer en mujeres con ciclos regulares (para mujeres con ciclos irregulares tal vez la edad gestacional deba ser determinada mediante el examen físico o ecográfico). En general, se considera que el primer trimestre consiste en las primeras 12, o para algunos expertos, las primeras 14 semanas del embarazo del embarazo".

(10) OMS, "Manual de práctica clínica para un Aborto seguro", 2014, p. 3: "Métodos abortivos médicos (aborto médico). Uso de fármacos para poner fin al embarazo. (...) Métodos abortivos quirúrgicos (aborto quirúrgico). Uso de procedimientos transcervicales para poner fin al embarazo, incluyendo la aspiración al vacío, y la dilatación y evacuación (D&E)".

(11) OMS, "Manual de práctica clínica para un Aborto seguro", 2014, p. 11.

(12) Vigente desde el 01/08/2015.

(13) Cód. Civ. y Com., art. 19: "Comienzo de la existencia de la persona. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

(14) Cód. Civ. y Com., art. 20: "Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento".

(15) Cód. Civ. y Com., art. 21: "Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume".

(16) Cód. Civ. y Com., art. 561: "Formas y requisitos del consentimiento. (...) El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

(17) Cód. Civ. y Com., art. 566: "Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. (...)".

(18) Cód. Civ. y Com., art. 585: "Convivencia. La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada".

(19) En términos de la Organización Mundial de la Salud. Cfr. OMS, "Manual de práctica clínica para un Aborto seguro", 2014.

(20) "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", art. I: "Todo ser humano tiene derecho a la vida (...)" Art. II: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna". Art. XVII: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales". Art. XXX: "Toda persona tiene la obligación de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, (...)".

(21) "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", Art. 2.1: "Toda persona tiene todos

los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". Art. 3º: "Todo individuo tiene derecho a la vida, (...)". Art. 7º: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. ...".

(22) "Convención Americana Sobre Derechos Humanos", art. 1.2.: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". Art. 3º: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Art. 4.1.: "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". Art. 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

(23) "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", art. 6.1: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Art. 6.5: "No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez". Art. 24.1: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". Art. 26: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

(24) CN, art. 15: "En la Nación Argentina no hay esclavos; (...)". Art. 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, (...)". Art. 29: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". Art. 75: "Corresponde al Congreso: (...) Inc. 23: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. 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".

(25) Constitución de la Pcia. de Buenos Aires (1994). Art. 12.1: "Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 1— A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural".

(26) Constitución de la Pcia. de Catamarca (1988). Art. 65: "Sin perjuicio de los derechos sociales generales reconocidos por esta Constitución, dentro de sus competencias propias, la Provincia garantiza los siguientes derechos especiales: (...) III — De la niñez: 1º — A la vida, desde su concepción. (...)".

(27) Constitución de la Pcia. de Córdoba (2001). Art. 4º: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos". Art. 19.1.: "Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal".

(28) Constitución de la Pcia. de Chaco (1994). Art. 15.1.: "(...) La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos: 1) A la vida y a la libertad, desde la concepción; a la integridad psicofísica y moral".

(29) Constitución de la Pcia. de Chubut (2010). Art. 18.1: "Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial, gozan de los siguientes derechos: 1. A la vida desde su concepción y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los Poderes públicos y la comunidad".

(30) Constitución de la Pcia. de Entre Ríos (2008). Art. 16: "La Provincia reconoce y garantiza a las personas el derecho a la vida y, en general, desde la concepción hasta la muerte digna. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente".

(31) Constitución de la Pcia. de Formosa (2003). Art. 5:º "(...)Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción y a su integridad psicofísica, espiritual y moral. El Estado Provincial propenderá a la concientización de las responsabilidades inherentes a la generación de la vida".

(32) Constitución de la Pcia. de Río Negro (1988). Art. 16: "Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana. Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan". Art. 59: "(...) El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar".

(33) Constitución de la Pcia. de Salta (1998). Art. 10: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos".

(34) Constitución de la Pcia. de San Juan (1996). Art. 4º: "Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

(35) Constitución de la Pcia. de San Luis (1987). Art. 13: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos. (...)". Art. 49: "El Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde este, hasta su pleno desarrollo".

(36) Constitución de la Pcia. de Santiago del Estero (2005). Art. 16: "Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida en general desde el momento de la concepción. (...)".

(37) Constitución de la Pcia. de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur (1991). Art. 14: "Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1 — A la vida desde la concepción. (...)".

(38) Constitución de la Pcia. de Tucumán (2006). Preámbulo: (...) "garantizando la vida desde su concepción" (...). Art. 40: "Dentro de la esfera de sus atribuciones, la Provincia procurará especialmente que las personas gocen de los siguientes derechos: 1º) A una existencia digna desde la concepción con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad en las oportunidades. (...)" Art. 146: (...) El Estado garantizará el derecho a la vida desde la concepción".

(39) CS, 19/03/2002, "Banco del Suquía SA c. Tomassini — PVE", Foro de Córdoba, nro. 75, p. 101.

(40) La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Preámbulo que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Por su parte, la declaración interpretativa que contiene el art. 2º de la ley 23.849 —aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño—, dispone que para la República Argentina el art. 1º 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". Esta disposición también integra el bloque de constitucionalidad, ya que los documentos y tratados a que se refiere el art. 75, inc. 22 CN tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", es decir, en las condiciones en que rigen para nuestro país. En este sentido, la norma del art. 2º.d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que "se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado". En igual sentido, el art. 2º de la ley 26.061 dispone en su primer párrafo: "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. (...)". Aun cuando se considerara que el texto del Preámbulo carece de efectos jurídicos, no puede dudarse que la declaración unilateral del Estado Argentino tiene la virtualidad de no tolerar interpretaciones que sostengan que antes del nacimiento no hay un niño, ampliando de tal forma los compromisos asumidos por el Estado en virtud de la extensión que, sin distinción alguna posible, le reconoce a la tutela. Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 2.1: "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 (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, o de sus padres o de sus representantes legales".

(41) Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.1: "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 (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, o de sus padres o de sus representantes legales".

(42) CS, "T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 11/01/2001, Fallos 324:5. El Tribunal reafirmó el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, consids. 11 y 12, y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano).

(43) CS, "Portal de Belén Asociación Civil c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", 05/03/2002, Fallos 325:292. Consid. 13: "Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos 323:3229 y causa "T., S.", ya citada)". Consid. 14: "Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. (...) Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2º de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la CN)".

(44) CS, "Sánchez, Elvira B. c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación", 22/05/2007, Fallos 330:2304. El Tribunal entendió que si los restos identificados como pertenecientes a la hija de la actora tenían asociados, en su zona pelviana, los restos óseos de un nonato, plenamente compatible con el embarazo a término que presentaba al momento de ser privada ilegítimamente de su libertad, corresponde hacer lugar a la pretensión fundada en el art. 2º de la ley 24.411, al tratarse del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil. Consid. 11: "(...) Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión".

(45) Cfr. Consid. 10: "(...) Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del nasciturus como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del art. 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de este". En el mismo sentido, en los votos de la Dra. Argibay y del Dr. Petracchi se alude al "derecho a la vida de la persona por nacer" (considerando 13 del voto de la Dra. Argibay y considerando 9 del voto del Dr. Petracchi).

(46) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 6º: "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". Ley 26.061 (Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), Art. 8º: "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".

(47) Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 41: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

(48) CS, "Portal de Belén Asociación Civil c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", 05/03/2002, Fallos 325:292. Consid. 11.

(49) CS, "Portal de Belén Asociación Civil c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", 05/03/2002, Fallos 325:292. Consid. 12. Ver también en sentido concordante Fallos 302:1284; 310:112, y 323:1339.

(50) Instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad (art. 1º).

(51) Ley 24.660, Art. 32: "El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: (...)e) A la mujer embarazada; (...)". Cfr. CFed. Cas. Penal, Sala II, 20/09/2013, "A. C., F. de M. s/ recurso de casación", LA LEY, 2013-F, 404. AR/JUR/55718/2013.

(52) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 6.5: "No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez". Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 4.5: "No se impondrá la pena de muerte a persona que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez".

(53) Cuyo monto es equivalente a la asignación por hijo (art. 18, inc. c, Ley 24.174).

(54) CNTrab., sala V, 27/03/2015, "Díaz Belisle, María Celeste c. Over Edenia SA s/ despido", AR/JUR/13795/2015.

(55) Cód. Civ. y Com., art. 574: "Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida".

(56) DGRC (Disposición General del Registro Civil) 18/2018, BOCBA 01/03/2018 (Normativa del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires), Art. 26: "Reconocimiento hijo por nacer: Toda vez que se pretenda reconocer a un hijo por nacer, se deberá acompañar certificado médico que acredite el embarazo de la madre, debiéndose individualizar a esta con todos los datos identificatorios que se requieren para la inscripción del nacimiento". La misma norma ya se encontraba contenida en el art. 33 de la derogada DGRC 040, 12/05/2000. Resulta lamentable que la ley 26.413 (Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas) no haya previsto la posibilidad de que el reconocimiento del hijo por nacer se asentara ante el oficial público obligando a recurrir a su formalización instrumental, pública o privada. Cfr. FAMÁ, María Victoria, "La Filiación: Aspectos civiles, procesales y constitucionales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 171.

(57) En vigencia del Código Civil, pese al silencio normativo, la doctrina admitía la posibilidad del reconocimiento del hijo por nacer en correlación con la norma del art. 258, Cód. Civil que preveía la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial.

(58) Cód. Civ. y Com., art. 2º: "Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

(59) El art. 665 del Cód. Civ. y Com. es parte del capítulo 5 "Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos" del título VII "Responsabilidad parental".

(60) No obstante, otra fue la interpretación propuesta en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, donde, con remisión al derecho comparado, se considera que la persona legitimada para reclamar al presunto padre la prestación alimentaria es la mujer embarazada.

(61) TSJ Santa Cruz, "O. N. S. L. c. B. M. G"., 07/07/2010, LLPatagonia 2010 (octubre), 478, AR/JUR/42836/2010.

(62) Tribunal Colegiado de Instancia Única en lo Civil de 5ª. Nominación de Rosario (de Familia), 06/08/2008, " G., B. P. c. M., H. H.", LLLitoral, 2008 (setiembre), 913.

(63) Cód. Civ. y Com. Concordia, Entre Ríos, 14/09/2015, "G., M. G. c. G., J. A. s. medida cautelar alimentos provisorios".

(64) En cuanto a la legitimación pasiva (quién podrá ser demandado) se presentan distintos supuestos de acuerdo a la normativa vigente: a) Cónyuge de la madre, obligado por la presunción de filiación matrimonial (art. 566, Cód. Civ. y Com.); b) Reconociente del hijo por nacer en paternidad extramatrimonial (por su art. 574, Cód. Civ. y Com.); c) Conviviente de la madre en la época de la concepción, obligado por la presunción de paternidad extramatrimonial (art. 585, Cód. Civ. y Com.); d) Obligado por concepción extramatrimonial con posesión de estado (art. 584, Cód. Civ. y Com.); e) Obligado por concepción extramatrimonial sin posesión de estado, probando sumariamente el vínculo filial alegado (cfr. arts. 574, 664 y 665, Cód. Civ. y Com., y art. 3º, CDN).

(65) La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado (art. 1716, Cód. Civ. y Com.). Cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es considerada antijurídica si no está justificada (art. 1717, Cód. Civ. y Com.) y hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona (art. 1737, Cód. Civ. y Com.). Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725, 1º párr., Cód. Civ. y Com.). La indemnización por fallecimiento debe incluir la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos (art. 1745, inc. c, Cód. Civ. y Com.), en tanto que los ascendientes están legitimados para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales cuando del hecho resulta la muerte (art. 1741, Cód. Civ. y Com.).

(66) CNCiv., sala D, 17/04/2015, "Samana, Matías E. y otro c. Sindicato de Choferes de Camiones Obreros y Empleados y otros s/ daños y perjuicios — resp. prof. médicos y aux.", LLOnline AR/JUR/7761/2015. En el caso, se consideró responsables a la obra social demandada y a la administradora del servicio de salud y de los

establecimientos donde se presta por la muerte de una de las hijas de los actores —se trataba de un embarazo gemelar— como consecuencia de la realización tardía de una operación cesárea, pues se acreditó que la madre fue derivada por su obstetra al centro asistencial y allí se le suministró medicación con el objeto de demorar el parto —posiblemente por la ocupación de las plazas en la unidad de cuidados intensivos— configurándose un error de apreciación y de diagnóstico de los médicos tratantes que derivó en el fallecimiento intrauterino de uno de los fetos.

(67) CAp.Civ., Com., Fam. y Cont. Adm. de Villa María, 29/10/2014, "G. de P., I. del V. y otro c. Clínica Central Privada SRL y otros s/ ordinario", LLOnline AR/JUR/74312/2014.

(68) CNCiv., sala M, 30/12/2008, "Z., V. G. c. Transporte Automotor La Plata SA", LLOnline AR/JUR/22179/2008. Se trataba del fallecimiento del hijo por nacer de tres meses de gestación provocado que se había producido a causa de la caída al asfalto que la madre embarazada había sufrido cuando el chofer de un colectivo reinició intempestivamente la marcha. CNCiv. y Com. Fed., sala III, 08/11/2007, "R., R. E. y otro c. Sanatorio Perpetuo Socorro SA y otros", Cita Online 35020346. En este caso la muerte del hijo por nacer había sido consecuencia de la mala praxis.

(69) CNCiv., sala G, 02/03/2007, "Aguirre, Irma F. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", LLOnline AR/JUR/3373/2007.

(70) Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala I, 01/06/2017, "K., V. A. c. Obra Social Accord Salud s/ amparo ley 16.986", MJ-JU-M-105403-AR. El tribunal ponderó la supremacía del derecho a la vida y del derecho a la salud y recordó que "la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684 y 323:1339)". Asimismo, afirmó que el nasciturus goza de la inviolabilidad de su dignidad (art. 51, Cód. Civ. y Com.).

(71) Los progenitores son los titulares de la responsabilidad parental, en tanto conjunto de deberes y derechos que les corresponden sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral durante la niñez y mientras no se haya emancipado (art. 641, Cód. Civ. y Com.); su ejercicio les corresponde a ambos, convivan o no (art. 641, Cód. Civ. y Com.), y en caso de desacuerdos debe resolver el juez en interés del hijo (arts. 642 y 639, inc. a, Cód. Civ. y Com.).

(72) CAp.Civ. y Com. de Dolores, "G., R. D. C. s/ inc. de apelación en los autos: G., R. D. C. c. G., R. S. s/ denuncia", 15/10/2015, LLBA 2016 (febrero), 85, AR/JUR/37781/2015; CNCiv., Sala J, "V., G. E. c. T., D. J. s/ aumento de cuota alimentaria", 03/11/2015, LA LEY, 26/04/2016, 4, AR/JUR/61317/2015.

(73) Tribunal Colegiado de Instancia Única en lo Civil de 5ta. Nominación de Rosario (de Familia), 06/08/2008, "G., B. P. c. M., H. H.", LLLitoral 2008 (septiembre), 913.

(74) Si se correlaciona lo normado en los arts. 638 y 101, inc. a), Cód. Civ. y Com. resulta evidente que tanto el vínculo filial como la responsabilidad parental que de él deriva son preexistentes al nacimiento del hijo. Lo cual, además, se halla corroborado por lo regulado en los arts. 574, 592 y 665. Por ello, no es posible sostener que porque el art. 638, Cód. Civ. y Com. no refiere expresamente al inicio de la responsabilidad parental como lo hacía el art. 264, Cód. Civil en relación a la patria potestad aludiendo a la "concepción" de los hijos, deba interpretarse de modo diferente.

(75) CNCiv., sala D, "C., A. N. y otro c. A., L. F.", 28/11/2003, AR/JUR/5116/2003.

(76) Con relación al tema recomiendo la lectura de la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Constitucional de España dictada el 01/02/2016 en la causa "Doña Nerea Mendicute San Miguel s. recurso de amparo 533-2014", RDF 2016-IV, 241, ES/JUR/1/2016. El caso trataba de una mujer a la que luego de haber abortado, tras conocer un diagnóstico de improbable viabilidad de su hijo por nacer, le fue denegada la solicitud de inhumación de los restos de su hijo porque el feto no tenía el tiempo de vida ni el peso exigido por la legislación para ser considerado resto humano. El Tribunal Constitucional hizo lugar a la acción de amparo deducida por la madre argumentando que la denegación de una licencia para incinerar por nacer vulneraba el derecho a la intimidad personal y familiar de su madre, ya que no existía cobertura jurídica suficiente a esta decisión y le imponía un sacrificio desproporcionado, pues no resultaba impedimento alguno de orden público general o sanitario que pudiera justificar la injerencia en el derecho de la demandante a decidir sobre los restos de su hijo no nato. Además, interpretó que si bien el art. 45 de la ley del Registro Civil establecía la obligación de inscripción de criaturas abortivas de más de 180 días, de ello no se deducía, extensivamente, la prohibición de entrega para su enterramiento o incineración cuando tuvieran menos tiempo, pues la norma no sometía la disposición de los restos a las exigencias de permiso judicial e inscripción registral ni impedía por sí la anotación de las personas

no natas de menos de 180 días.

(77) Cfr. Dirección de Estadísticas e Información en Salud, Ministerio de Salud de la Nación, Instructivo para el llenado del Informe Estadístico de Defunción Fetal, disponible en http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/ 2016/01/Norm_InstDefF.pdf.

(78) CARAMÉS, Viviana, "Certificado médico de defunción fetal", en Boletín de Responsabilidad Profesional y Ética, Suplemento del Diario del Mundo Hospitalario, Publicación de la Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, Año 2, nro. 4, mayo de 2007, disponible en http://www.medicos-municipales.org.ar/brpye0507.htm#1.

(79) Ley de Registro de las Personas de la Pcia. de Buenos Aires, según texto actualizado con las modificaciones introducidas por las leyes 14.595, 14.748 y 14.853.

(80) El "fallecimiento del feto" es "constatado por el hecho de que, después de tal separación, el feto no respira ni muestra cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, la pulsación del cordón umbilical o el movimiento efectivo de músculos voluntarios" (art. 49).

(81) DGRC (Disposición General del Registro Civil) 18/2018, BOCBA 01/03/2018, Normativa del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires.

(82) La inscripción se realiza consignando la edad gestacional y sexo del feto; nombre y documento de identidad de la parturienta; día, mes, año y hora de ocurrida la defunción fetal; causa de la defunción; nombre y matrícula del médico que firmó el certificado médico de defunción, y datos del interviniente (art. 209).

(83) Se distingue del tratamiento de las "partes anatómicas" (cap. 22) para las que se prevé la emisión de licencia para cremación.

(84) La Ley 17.622 (1968) creó el Sistema Estadístico Nacional (SEN) cuya coordinación depende del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDeC) que se compone de los diversos organismos sectoriales productores de estadísticas. En el caso específico de las Estadísticas Vitales integran el Sistema Estadístico de Salud (SES) como así también el Subsistema de Estadísticas de Servicios de Salud y el Subsistema de Estadísticas de Cobertura, Demanda, Utilización de Servicios y Gasto en Salud.

(85) La Dirección de Estadística e Información de Salud (DEIS) es el nivel nacional del Sistema de Estadísticas de Salud. Tiene por objetivo intervenir en la implementación y desarrollo de los programas nacionales y locales de estadísticas de salud y difundir el resultado de los mismos. Cfr. http://www.deis.msal.gov.ar/.Es la representante del Sistema Estadístico Nacional en el Ministerio de Salud.

(86) Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, p. 11, disponible en http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/ 2016/09/Estadisticasvitales2016.pdf.

(87) Dirección de Estadísticas e Información en Salud, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina, 2011, Serie 5, nro. 55, p. 11, disponible en http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/ 2016/01/Serie5Nro55.pdf.

(88) Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, p. 35, disponible en http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/ 2016/09/Estadisticasvitales2016.pdf.

(89) Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, p. 34, disponible en http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/ 2016/09/Estadisticasvitales2016.pdf.

(90) Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, p. 36, disponible en http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/ 2016/09/Estadisticasvitales2016.pdf.

(91) Cfr. Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, Nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, Tablas 45 a 53, disponible en http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/tabulados-2/.

(92) Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de

Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, Tablas 40 a 44, disponible en http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/tabulados-2/.

(93) Si bien las causas se atribuyen a un conjunto de factores, entre ellos fue identificado el arancel que debía pagarse para la obtención del DNI al nacimiento. Cfr. Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, p. 14. Por tal razón, el dec. 415/2006, Reglamentario de la ley 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005), estableció la gratuidad del otorgamiento del primer documento a todos los niños nacidos en el territorio nacional (art. 13: derecho a la documentación).

(94) Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, ps. 14-15.

(95) Dirección de Estadísticas e Información en Salud (Sistema Estadístico de Salud), Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos, Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales. Información básica Argentina 2016, Serie 5, nro. 60, Buenos Aires: diciembre 2017, p. 17.

(96) CS, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", 13/03/2012, disponible en http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--medida-autosatisfactiva-fa12000021-

(97) Fs. CS 189:292.

(98) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(99) Ley 27 (Organización de la Justicia Nacional), art. 2º: "Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte".

(100) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC, 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(101) Fs. CS 25:368.

(102) Fs. CS 212:59; 212:160.

(103) CS, "Ferrocarril del Sud c. Pedro U. Draque y Cía." Fallos 131:109; en igual sentido Fallos 253:206; 255:187 y 263:255.

(104) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC, 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(105) Fs. CS 304:1459.

(106) CN, art. 5º: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones". Art. 121: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". Art. 122: "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal". Art. 123: Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

(107) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC, 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(108) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC, 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(109) CS, "Mazzeo", 2007, Fallos 330:3248.

(110) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC, 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(111) CN, art. 27: "El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

(112) En semejanza con la doctrina del TEDH sobre el margen de apreciación nacional.

(113) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC, 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(114) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 68: "1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. (...)".

(115) CS, "Giroldi, Horacio D.", Fallos 318:514, y "Bramajo, Hernán", Fallos 319:1840.

(116) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC, 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(117) BIANCHI, Alberto, "Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad", LA LEY, 2010-E, p. 1090.

(118) Cámara Federal de Apelaciones de Salta, 08/07/2013, "L. O., A. y otros c. Swiss Medical s. amparo".

(119) CIDH, "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") c. Costa Rica", 28/11/12, Serie C, nro. 257. La CIDH entendió que no existía una definición consensuada sobre el inicio de la vida (parágr. 185) en torno al término "concepción", distinguiendo en el contexto científico actual una corriente para la que significaba fecundación y otra que lo equiparaba a implantación del embrión en el útero (parágr. 182), inclinándose por esta última al explicar que sólo al cumplirse la implantación se cerraba el ciclo que permitía entender que existía la concepción dado que si el embrión no se implantaba en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo eran nulas (parágr. 186). Afirmó que de la fecundación se generaba la creación de una nueva célula —cigoto— (parágr. 182) con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano (parágr. 186), en tanto que la implantación en el útero materno facultaba la conexión del cigoto con el sistema circulatorio materno que le permitía acceder a todo lo necesario para el desarrollo del embrión (parágr. 182). Tales afirmaciones son pasibles de fundadas críticas. En primer lugar, porque la propia Corte reconoció que a partir de la fecundación se estaba ante una "célula diferente" que poseía "información genética suficiente" para permitir el "desarrollo humano". En segundo lugar, porque frente a posibles dudas o controversias en torno al comienzo de la existencia de la persona, la Corte se inclinó por la postura más restringida de la protección del derecho a la vida, lo cual es incompatible con la aplicación del principio pro homine, criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la interpretación más extensiva, siempre a favor del hombre. Finalmente, ningún tratado internacional ni la interpretación que del mismo hagan los organismos permanentes puede prevalecer sobre los principios de derecho público constitucional consagrados en la norma del art. 27 CN. Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, 08/07/2013, "L. O., A. y otros c. Swiss Medical s. amparo", en SANTIAGO (h), Alfonso y LAU, Jerónimo, "El derecho a la vida de las personas por nacer y el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CIDH en un interesante fallo de la Cámara Federal de Salta", DFyP, 2013 (octubre), 07/10/2013, p. 240.

(120) OCANTOS, Jorge, "Instrumentos elaborados por los órganos de contralor de los tratados de derechos humanos. Su inserción en el Derecho interno", LA LEY, 2012-A, p. 674. Citado en Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 21/05/2013, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, LLC, 2013 (junio), 523. AR/JUR/16255/2013.

(121) CS, "Acosta", Fallos 321:3564; "Felicetti", Fallos 323:4130.

(122) CS, "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", 14/02/2017, Fallos 340:47. Cfr. Consids. 8º y 9º con referencias concordantes de CIDH, "Genie Lacayo", sentencia del 29/01/1997, serie C, nro. 30, párr. 94, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 39/96, Caso 11.673, Argentina, 15/10/1996, ptos. 48 y 51.

(123) CS, "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", 14/02/2017, Fallos

340:47. Cfr. Consids. 16 y 17.

(124) Resulta oportuno enfatizar que no es más que una motivación pragmática la que ha impulsado al legislador a instaurar el nacimiento sin vida como condición resolutoria de los derechos patrimoniales previamente adquiridos por la persona por nacer (cfr. art. 21, Cód. Civ. y Com.). De acuerdo con esto, las personas concebidas en el momento del fallecimiento del causante pueden suceder bajo condición de que nazcan con vida (art. 2279, Cód. Civ. y Com.), y también pueden ser donatarias en cuyo caso la aceptación debe ser hecha por su representante legal (art. 1549, Cód. Civ. y Com.).

(125) CN, art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

(126) CABRAL, Luis C., "Compendio de Derecho Penal. Parte General", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 7-8.

(127) Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala B, 05/02/2010, "F., A. L.", LLPatagonia, 2010 (abril), 117. AR/JUR/623/2010. Se resolvió que la autorización para la interrupción del embarazo de una menor que había sido violada por su padrastro debía denegarse porque el cumplimiento de una conducta despenalizada no requería venia judicial, en tanto que si la autorización implicaba la realización de una conducta que prima facie encuadraba en un tipo penal, ningún juez podía conceder una licencia para delinquir.

(128) Transcurridos casi cien años, en virtud de los avances científicos y el fortalecimiento del contexto normativo a partir del surgimiento y consolidación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sería conveniente y oportuno reconsiderar no sólo la razonabilidad de las excusas absolutorias previstas en el art. 86 CP sino, además, la proporcionalidad de las penas.

(129) CORRAL TALCIANI, Hernán, "Aborto: un proyecto de ley peligrosamente inconsistente", en https://corraltalciani.wordpress.com/2015/02/08/aborto-un-proyecto-de-ley-peligrosamente-inconsistente/, consultado el 15/04/2018.

(130) OLLERO TASSARA, Andrés, "Derecho y Moral Implicaciones Actuales: A modo de conclusión", Persona y Derecho, 61 (2009), p. 19.

(131) OLLERO TASSARA, Andrés, "Derecho y Moral Implicaciones Actuales: A modo de conclusión", Persona y Derecho, 61 (2009), p. 19.

(132) SALGADO, José M., "El Código Civil y Comercial de la Nación, el deber de coherencia y los precedentes vinculantes", SJA 01/02/2017, 31; JA, 2017-I; Cita online: AP/DOC/1333/2016.

(133) Cód. Civ. y Com., art. 2º: "Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".