Título: De tutelado a condenado a muerte: una interpretación regresiva del derecho a la vida
Autor: Marrama, Silvia
País: Argentina
Publicación: El Derecho - Política Criminal, Tomo 247, 844
Fecha: 23-04-2012 Cita Digital: ED-DCCLXXIII-14

Sumarios

1. Introducción: diez años después... - 2. Un ausente: el niño. - 3. ¿Armonización del plexo normativo? *3.1. Conflictivismo. 3.2. Complementariedad*. - 4. Un fallo regresivo. - 5. Conclusión: un acto de violencia institucional.

De tutelado a condenado a muerte: una interpretación regresiva del derecho a la vida

1

Introducción: diez años después...

El 5-3-12 Argentina celebró el décimo aniversario del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Portal de Belén"(1), fallo que está a la vanguardia en el reconocimiento y promoción de los derechos humanos -especialmente el derecho a la vida de todo ser humano desde su concepción-, y que fue reproducido por diversos tribunales latinoamericanos(2).

Pocos días después de celebrarse este aniversario, el mismo Tribunal(3) -basándose en idénticas normas, pero con diferente integración en sus miembros- confirmó la muerte directa y provocada de un niño por nacer, decretada judicialmente dos años atrás por el Superior Tribunal de Chubut. El pedido del aborto había sido iniciado por la abuela del niño el 14-1-10, ya que su hija menor de edad embarazada había sido presuntamente violada por su padrastro. En menos de dos meses el niño por nacer fue abortado en forma deliberada merced a una autorización judicial, en el Hospital Público de Trelew.

2

Un ausente: el niño

Sorprende advertir que el niño por nacer está ausente de las consideraciones que la Corte realiza para fundar su resolutorio, al efectuar el control de convencionalidad y de constitucionalidad del art. 86, inc. 2º, del cód. penal. Y no sólo está ausente de las argumentaciones, sino también del caso, dado que, al llegar éste a sus estrados, el niño ya no existe -el 11-3-10 el Estado puso fin cruentamente a su vida- y por ende el caso devino abstracto.

3

¿Armonización del plexo normativo?

Si bien en los consids. 7º y 8º del voto mayoritario se aduce que se argumentará *armonizando* "la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado", la normativa protectoria del primordial derecho a la vida del *nasciturus* es interpretada *en su contra y a favor de* su madre, desconociéndose así palmariamente el interés superior del niño, de rango constitucional (cfr. art. 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño)(4).

3.1. Conflictivismo

Considerando el modo en que la Corte interpreta las normas tutelares de los menores, pensamos que se ajustan mejor al resolutorio las expresiones utilizadas en sus argumentaciones por los Dres. Argibay ("aquí se está en presencia de un severo *conflicto* de intereses", "extrema *conflictividad*" de la situación de autos, conf. consid. 13) y Petracchi, quien se refiere a la adolescente embarazada como "el otro extremo del *conflicto*" (conf. consid. 9º, los resaltados son nuestros).

Los conflictos(5) se dan en el plano de las pretensiones de los sujetos que acuden a la tutela jurisdiccional, pero no se dan entre derechos (respecto del caso, es casi innecesario recordar que la vida no es una mera pretensión sino un derecho, y que por otra parte el aborto no lo es[6]). Asimismo la ciencia del derecho entiende que no debe sacrificarse un derecho -tal como lo hace la Corte en su fallo(7)- en aras de otro, máxime si el derecho sacrificado es de rango superior(8), ya que se vulnera así gravemente el principio constitucional de proporcionalidad -aunque el fallo sostenga dogmáticamente lo contrario(9)- y se arriba a una solución injusta e inconstitucional.

Más allá de la inconstitucionalidad(10) de las causales de no punibilidad del aborto establecidas en los incs. 1º y 2º del cód. penal, en el caso que analizamos no se acreditaron sus elementos configurantes(11). Cabe destacar que las "circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios" a las que alude la Dra. Argibay (conf. consid. 14 *in fine*) sólo se dan ante el

peligro de muerte de la madre embarazada -peligro no acreditado en autos-, caso en el cual el médico hubiese actuado sin autorización previa del juez y en ejercicio de la *lex artis*. Es decir que, ante un supuesto de excepción -situación poco frecuente en la actualidad(12)-, la intervención del médico que, intentando salvar la vida de la madre, no logre al mismo tiempo salvar la de su hijo por nacer no configurará el tipo penal de aborto(13), sino que se enmarcará en el principio de causa de doble efecto.

3.2. Complementariedad

En segundo lugar, la Corte realiza una interpretación de las normas de rango constitucional individualmente consideradas, relacionándolas con el art. 86, inc. 2º, del cód. penal, sin realizar previamente la armonización requerida por el art. 75, inc. 22, de la CN(14), que se refiere a la complementariedad existente entre los tratados de derechos humanos constitucionalizados entre sí y respecto de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte del texto constitucional. Cumpliendo con el mandato constitucional del inc. 22 del art. 75, la solución del caso hubiese sido ajustada a derecho, es decir, justa. Realizaremos a continuación una interpretación constitucional de las normas involucradas en el caso, con el fin de dilucidar las pretensiones en juego.

El derecho natural a la vida es *preexistente* a nuestra legislación positiva y es, por ende, una norma de *ius cogens*(15). Más allá de su nota de preexistencia, antes de la sanción de la Constitución de 1853, diversos documentos constitucionales dedicaron importantes previsiones al derecho a la vida(16), dado que constituye la *base* de toda la estructura de derechos reconocidos por los documentos fundacionales de nuestro derecho público(17). Por otra parte, su reconocimiento en la Constitución de 1853 ha sido siempre *explícito*(18), ya que lo menciona claramente en el art. 29 cuando puntualiza que "la vida" de los argentinos no puede quedar a merced de gobiernos o persona alguna, estableciéndose una sanción civil (nulidad insanable) y *penal* (pena de los infames traidores a la Patria) para quienes lo violen.

Todo hombre, todo ser humano, toda persona goza del derecho a la vida. Los tratados internacionales de derechos humanos utilizan los términos "persona" y "hombre" indistintamente(19). Para despejar toda duda, el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 1.2 dice que "persona es todo ser humano"(20), de lo que se concluye la imposibilidad de que exista un ser humano que no sea persona. *También lo es el niño, desde su concepción* (art. 1º, Convención sobre los Derechos del Niño) *y naturalmente tiene derecho a la vida* (art. 6º). Interpretando complementariamente los tratados, cabe afirmar que las expresiones "comienzo de la existencia de la persona" e "inicio de la vida humana" *son equivalentes jurídicamente*(21).

El Pacto de San José de Costa Rica establece asimismo que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho *estará protegido por la ley*(22) y, *en general*(23), *a partir del momento de la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida *arbitrariamente*" (art. 4.1, la bastardilla es nuestra). En la lógica de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, el quitar la vida a otro sólo es concebible como una *sanción penal*, por un hecho de extrema gravedad, impuesta por un juez luego de un juicio justo y, por ende, por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada. Toda otra posibilidad es *arbitraria* y, por lo tanto, *prohibida*(24).

Por otra parte y continuando con la interpretación complementaria, del mismo modo que se protege la vida humana desde la concepción, los tratados constitucionales reconocen la especial significación de la vida en el seno materno y su relación con el bienestar de la madre. Protegiendo a la madre embarazada se salvaguarda la vida del por nacer(25).

Es de trascendental importancia para el caso la regulación contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce y garantiza el derecho a la vida de todos los niños(26). La Convención define al niño como "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" (art. 1º). Por el principio de complementariedad de los tratados entre sí y con la primera parte de la Constitución Nacional, todo ser humano es persona, y es niño desde la concepción(27) hasta los dieciocho años de edad, y por tanto sujeto de protección jurídica(28). Todas estas normas internacionales no hacen más que reconocer la realidad antropológica(29).

La ley 26.061, reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratifica y amplía la salvaguardia integral de la vida inocente. Su art. 2º declara que la Convención sobre Derechos del Niño "es de *aplicación obligatoria* en las condiciones de su vigencia (es decir, desde la concepción), en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad" (la bastardilla es nuestra). El mismo artículo establece la *defensa en juicio de los menores*, reconociendo que tienen derecho a ser oídos -por intermedio de quien los represente-. Esto obsta a la "exhortación" dada por el más Alto Tribunal de "no judicializar"(30) los casos de aborto provocado (conf. pto. 3º del resolutorio), ya que se estaría privando a un niño no sólo de su primordial derecho a la vida sino también de su defensa en juicio.

Finaliza el art. 2º estableciendo que "los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles". Esta declaración de "orden público" del derecho a la vida de toda persona desde su concepción impide la pretendida aplicación del art. 19 de la CN -tal como en reiteradas oportunidades lo hace la Corte, v.gr. consids. 8º, 20, 24 y 27 del voto de la mayoría- como fundamento para la autorización legislativa o judicial del aborto provocado, más allá de que la primera causa de su inaplicabilidad a estos supuestos es la existencia de un "tercero" (la persona por nacer) que se vería ciertamente perjudicado.

Por otra parte, el art. 3º de la ley 26.061 puntualiza que se entiende por *interés superior del niño* "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". El primero de esos derechos es, de acuerdo con el art. 8º, el derecho a la vida. Esta disposición legal está en perfecta concordancia con el art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados a garantizar "en la máxima medida posible" el derecho a la vida de todo niño. El Estado sólo puede garantizar en la máxima medida posible el derecho a la vida de la persona por nacer mediante su tutela penal(31).

El citado art. 3º de la ley 26.061 declara que se debe respetar la "condición de sujeto de derecho" que tiene todo niño, agregando en su parte final que "cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del niño frente a otros derechos e intereses igualmente *legítimos*, prevalecerán los primeros" (el subrayado es nuestro).

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce y garantiza el derecho a la vida de todos los niños -y el *nasciturus* lo es-. Sin embargo, la única pretensión (ya que no podemos llamar "interés legítimo" -en los términos del art. 3º de la ley 26.061- al pedido de aborto) que el fallo intenta proteger es la de la madre menor de edad víctima del delito, pretensión que, por otra parte y conforme información científica, es peligrosa para su salud e incluso su vida(32).

Además, reiteramos que el art. 3º de la ley 26.061 establece que se entiende por *interés superior del niño* "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Ni siquiera teniendo en miras exclusivamente el interés de la menor embarazada involucrada en el caso *sub examine*, pudo válidamente sostenerse desde un punto de vista jurídico que un juez podría autorizarla a cometer el delito de aborto, ya que su interés superior está conformado por *derechos y garantías*, y el aborto -muerte provocada de un ser humano concebido y no nacido- no es ni un derecho ni una garantía constitucional(33).

Finalmente, cabe destacar que el niño concebido y posteriormente abortado, en este caso, también había sido víctima del delito contra la integridad sexual de su madre, porque había sido engendrado mediante violencia y no mediante un acto de amor, y por ende era -al igual que su madre- sujeto tutelado por las normas argentinas destinadas a erradicar la violencia, que se aplicaron en su contra.

4

Un fallo regresivo

Luego de haber analizado las principales disposiciones de los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, cabe aclarar que los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no son vinculantes para la Argentina(34), contrariamente a lo que sostiene la Corte v.gr. en el consids. 6º y 10 del voto de la mayoría. Específicamente respecto del dictamen en el caso "Baby Boy" -cit. por la Corte en el consid. 10 del voto de la mayoría-, cabe destacar que, más allá de los errores cometidos por la Comisión en la interpretación de las normas(35), este precedente no es aplicable a la Argentina dado que Estados Unidos no había ratificado, a la fecha del dictamen, la Convención Americana de Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional en nuestro país y que cuenta con trascendentales disposiciones respecto del caso que nos ocupa.

Por otra parte, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN) deben ser leídos a la luz de los principios jurídicos que los informan, los cuales se encuentran generalmente en sus preámbulos(36). Entre los principios que atañen más directamente al caso(37), podemos afirmar que el fallo vulnera gravemente el principio de progresividad o de no regresividad(38). Este principio aparece relacionado con el derecho a la vida en el art. 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos(39), en donde se establece la obligación de los Estados Parte de legislar progresivamente en función de la protección de la vida, en todos sus estadios desde la concepción hasta la muerte. Esta disposición es absolutamente coherente con la preeminencia del derecho a la vida a la que nos hemos ya referido. La aplicación del principio de no regresión al derecho a la vida se da también por su conjugación con el principio "*pro homine*". Es decir que Argentina no puede denunciar un tratado que reconoce el derecho humano a la vida, ni violarlo en su ordenamiento jurídico mediante el accionar de sus poderes de Estado: políticas de Estado, leyes o sentencias judiciales -tal como sucede en el fallo que analizamos-.

Asimismo, se violenta el principio "*favor debilis*"(40) al interpretar la Corte el plexo normativo argentino exclusivamente a favor de la madre y en contra del niño por nacer, que es el más vulnerable e indefenso de los dos menores involucrados en el caso.

5

Conclusión: un acto de violencia institucional

Interpretando erróneamente el plexo normativo argentino en el caso analizado, se perpetró un acto de violencia institucional -precisamente el que refiere la Corte en los consids. 23 y 24 del voto de la mayoría-, no sólo contra la menor embarazada(41), sino también contra su hijo por nacer, mediante la sentencia que pone fin a su existencia. Se condena así a pena de muerte a un *nasciturus* inocente mediante sentencia judicial, a diez años de un fallo que había reconocido cabalmente el derecho a la vida de todos los argentinos, sin discriminaciones arbitrarias, desde su concepción. Una lamentable regresión...

voces: **poder judicial - aborto - corte suprema de la nación - delitos contra las personas - bioética - persona - derecho comparado - constitución nacional - jurisprudencia - derechos humanos - tratados y convenios - médico - discapacitados - medidas precautorias - filosofía del derecho - menores**

(1) Conf. CS, in re "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación - Amparo", 5-3-02, ED, 197-13, Fallos: 325:292.
(2) V.gr. Tribunal Constitucional de Ecuador, sala III, in re R. O. nº 297 (caso nº 0014-2005-RA), 22-6-06, ED, 222-38. Corte Suprema de la República de Chile, sala Constitucional Tercera, in re "Recurso de Protección s/derogación de la resolución 2141 del Instituto de Salud Pública", 30-8-01, ED, 214-661.
(3) CS, in re "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", 13-3-12.
(4) Consideraremos más adelante el interés superior de ambos menores involucrados en el caso.
(5) Conf. Cap. IV de Cianciardo, Juan, El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo, prólogo a cargo de Pedro Serna, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
(6) En el consid. 25 la mayoría de la Corte sostiene erróneamente que "cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura". Haciendo un paralelo con el delito de robo con armas, si hubiese algún supuesto en que el legislador estableciese una causal de no punibilidad, el Estado tendría la obligación -conforme la doctrina del caso bajo análisis- de poner a disposición del ladrón las armas para que el delito se lleve a cabo de la manera más rápida, accesible y segura para el delincuente. Este ejemplo burdo muestra la inconsistencia de identificar una causal de no punibilidad con una autorización legislativa, y mucho menos con un derecho ("derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras"), tal como afirma la Corte en el consid. 19 del voto de mayoría. "La normativa del art. 86 del cód. penal no genera derecho alguno, pues todo el ordenamiento jurídico, incluso el Código Penal, protegen la vida desde la concepción. La declaración de no punibilidad del mencionado artículo es tan solo una excusa absolutoria que a la luz de los actuales acontecimientos debería ser derogada, pues ha quedado de manifiesto la ineficiencia de las restantes herramientas del derecho para proteger aquellas vidas inocentes desamparadas por el Código Penal. Esta manifiesta discriminación a ciertos niños por nacer, frente al reconocimiento constitucional del derecho a la vida de toda persona concebida, evidencia la más absoluta inconstitucionalidad de esa norma" (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, No existe un derecho al aborto. No existe un derecho a causar la muerte de los propios hijos, en EDCrim., 15-6-07, nº 11.780).
(7) "Situación de conflicto en la que un peligro para un interés únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero", consid. 14 voto Dra. Argibay.
(8) La preeminencia de la vida se basa en que este bien jurídico es condición de posibilidad de la efectiva titularidad, ejercicio, gozo y preservación de cualquier otro bien humano, convirtiéndose así en "el bien más básico" (conf. Toller, Fernando, Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos, en JA, 2006-I-1025/1036). En otras palabras, "es cierto que no pueden establecerse a priori jerarquías objetivas entre los bienes y derechos humanos, pero con una importante excepción: el derecho a la inviolabilidad de la vida. Es decir, puede sostenerse la imposibilidad de establecer un orden de prelación entre los derechos, pero siempre que se excluya de esta afirmación al derecho a la inviolabilidad de la vida, el que se encuentra en un rango superior al del resto de los derechos" (Massini, Carlos I., El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos, en Massini, Carlos I. - Serna, Pedro, El derecho a la vida, Pamplona, Eunsa, 1998, pág. 207).
(9) "En tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervinientes tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico constituye una valoración propia de su competencia", consid. 14 voto Dra. Argibay.

(10) En tanto el art. 86, inc. 1º, se aplique en intervenciones de médicos diplomados que tuvieron como finalidad directa la curación de la madre, estando en peligro inminente su vida, y no existiendo otras formas de evitar tal peligro, y se produjere un aborto en forma indirecta, se puede mantener la validez de la no punibilidad, si bien stricto sensu no se configura el delito entre otras razones, por ausencia del tipo subjetivo doloso. Aquí consideramos oportuno añadir un requisito: que la madre no se haya puesto voluntariamente o al menos por negligencia en situación de peligro para su vida. Este requisito ha sido exigido, v.gr., por el voto del Dr. Pettigiani in re "C. P. d. P., A. K. s/autorización", en el cual exige "analizar si la situación de riesgo para la madre que se quiere preservar no ha sido creada intencionalmente por ella misma, o le es imputable a título de culpa, imprudencia o negligencia. Cabría razonar en este caso si la conducta de la embarazada ha sido todo lo cuidadosa que su condición de madre requería (la obesidad y el tabaquismo abrirían un interrogante en este sentido)" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 27-6-05, consid. III voto Dr. Pettigiani). Podría asimismo considerarse su conducta enmarcada en la eximente genérica de pena del art. 34, inc. 4º, cód. penal. Esta eximente impide la configuración del injusto o ilícito penal (D'alessio, Andrés J., Código penal de la Nación comentado y anotado, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I, Parte general [arts. 1º a 78], pág. 495) por cumplimiento de un deber -que tiene efecto justificante-, ante la colisión de deberes de igual jerarquía -salvar la vida de la mujer embarazada y de su hijo por nacer-, dado que "el ordenamiento jurídico no puede poner a una persona ante el dilema de obrar de una u otra forma bajo la amenaza de que, de todos modos, lo hará antijurídicamente" (Bacigalupo, Enrique, Derecho penal. Parte general, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, págs. 380-381). La norma del art. 86, párr. 2º, inc. 2º, trata del aborto eugenésico, eugénico o racial, que propende a evitar la propagación de la tara que presentaría un demente o idiota en su línea de descendencia. Este inciso ha sido siempre inconstitucional por violar el derecho constitucional a la vida y a la igualdad ante la ley (art. 16, CN). Por otra parte, estaría en contradicción con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño y con la ley 23.592 (Ley antidiscriminatoria), que en su art. 1º veda los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad o caracteres físicos. A mayor abundamiento, es de destacar que tener un hijo es una acción personalísima, y por tanto esta acción no queda bajo el ámbito de la representación legal, con lo cual mal podría el representante legal del incapaz dar consentimiento para un aborto. Además de inconstitucional, la norma, que tiene su antecedente en el Código Penal suizo de 1916, resulta incoherente, entre otras razones, porque la excepción incluye el caso de la madre deficiente, y excluye el caso en que el padre -el violador- padezca una dolencia mental transmisible. "Las excusas absolutorias previstas en el art. 86 del cód. penal (...) fueron incorporadas al mencionado ordenamiento punitivo a propuesta de la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación, formulada en el dictamen expedido el 26-9-1919. En dicho dictamen, la Comisión fundó su propuesta en doctrinas eugenésicas y racistas que se encontraban en boga, sin advertir sus adherentes que las mismas conducirían y servirían de sustento al régimen nacional socialista instaurado en Alemania a partir de 1933. Al auspiciar la no punibilidad de la interrupción provocada de la gestación practicada en una mujer 'idiota o demente' que hubiera sido violada, la Comisión expresó 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'. Argumentó seguidamente sobre 'el interés de la raza', y se preguntó, citando doctrina española, '¿qué puede resultar de bueno de una mujer cretina o demente?'. En definitiva, la Comisión consideró que 'es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza' (Código Penal de la Nación Argentina, ley 11.719, Edición Oficial, págs. 268/269, Buenos Aires, 1922). Con esos argumentos racistas, que pocos años después contribuyeron al establecimiento de un régimen demencial que empujó al mundo a la segunda guerra mundial, que no vaciló en inmolar a minusválidos, judíos, cristianos y gitanos, y que persiguió a todos los que se opusieron a sus designios totalitarios, se introdujeron en el Código Penal las excusas absolutorias... (que) resultan manifiestamente inconstitucionales ante textos explícitos que amparan de modo irrestricto al niño por nacer desde el instante de su concepción. Por eso, en un fallo reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que 'el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323: 1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional' (CS, 'Sánchez, Elvira Berta c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos', dictamen de la Procuración General del 28-2-06 y votos de los ministros Higthon de Nolasco y Eugenio Zaffaroni)". "La derogación implícita o tácita constituye un principio elemental de la lógica jurídica en cuya virtud no pueden ser simultáneamente válidas dos normas contradictorias sobre la misma conducta. Rige siempre la última. En el caso de las excusas absolutorias del art. 86, aprobadas por la ley 11.179 que sancionó el Código Penal, y restablecidas en su texto original por la ley 23.077, es evidente que han perdido vigencia a partir de la fecha en que entraron en vigor las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994. A partir de tales normas, queda constitucionalmente desautorizada la pretensión de considerar a la persona antes de su nacimiento como pars viscerum matris, es decir, como una simple víscera u órgano de la madre, equiparable a los riñones, el estómago o la vesícula. Así como estas partes del cuerpo humano no son sujetos de derecho, tampoco lo sería la persona humana en la etapa más temprana de su vida si fuera sólo una parte del organismo materno". Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Dictamen expedido en defensa de la vida inocente, agredida por los reiterados intentos de legalizar la muerte provocada de niños antes de su nacimiento (Buenos Aires, 2010). Posteriormente a su incorporación en el Código Penal, algunos juristas -entre ellos los magistrados de la Corte en su actual integración- pretenden atribuir un supuesto fundamento "sentimental" a esta causal de no punibilidad, que se correspondería con el delito contra la integridad sexual sufrido por una mujer -sea o no discapacitada-. De ningún modo puede justificarse la realización del aborto en estos casos, pues admitirlo significaría otorgar prioridad al sentimiento de la mujer ultrajada por encima de la vida de la persona por nacer, lo cual es -a la luz de lo explicado anteriormente- inconstitucional. Esta preferencia no sólo sería injusta, sino también opuesta al más elemental sentido valorativo común: un sentimiento, por más inmerecida que sea la situación de quien lo padece, no puede valer más para el derecho que una existencia humana. Además, la gravísima afrenta sufrida por la progenitora involuntaria no se borra con el aborto. En cuanto a la crianza de la criatura concebida en tales circunstancias, ello no le es exigible jurídicamente a la mujer que fue ultrajada, y el problema puede remediarse mediante la entrega en adopción o puede dejarse el niño al cuidado de institutos dedicados a la protección de infantes (conf. Tale, Camilo, La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos, EDCrim., 21-9-06, págs. 3-6).

(11) El caso no encuadra en ninguno de los supuestos del art. 86 del cód. penal, ya que el embarazo no presentaba riesgo para la vida o salud de la madre. Además, ninguna prueba existe en autos de que la menor supuesta víctima de abuso sea idiota o demente. Sin embargo, la Corte "extiende la impunidad a todos los casos en que el embarazo se haya producido por una supuesta violación. Se alza así contra los fines de la excusa absolutoria introducida por la Comisión de Códigos del Senado de la Nación, el 26-9-1919, en el sentido de que la no punición tenía un fundamento exclusivamente racista y eugenésico, circunscripta a los casos en que mediare una violación a una mujer 'idiota o demente'. Al ampliar (...) el ámbito de impunidad y facilitar la muerte provocada del niño concebido, cualquiera sea el tiempo de su gestación, se viola el criterio hermenéutico fijado de modo reiterado por la Corte Suprema, en el sentido de que la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 319:353; 320:2647). Se hace pagar al niño, de esta forma arbitraria e inconstitucional, la falta de su padre, configurándose así una segunda iniquidad que agrava las consecuencias de la violación". De este modo usurpa la Corte competencias atribuidas de modo exclusivo al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12) como es todo lo relativo a la sanción de normas penales, al ampliar el supuesto del inc. 2º del art. 86 a toda mujer embarazada como producto de un delito contra su integridad sexual. Conf. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Dictamen expedido en defensa de la vida inocente, agredida por los reiterados intentos de legalizar la muerte provocada de niños antes de su nacimiento, Buenos Aires, 2010.

(12) "El avance de la ciencia médica y el desarrollo de la tecnología en materia de salud han disminuido a niveles muy bajos, los supuestos en que se pueda dar la disyuntiva planteada" (AA.VV., La vida, primer derecho humano, Nicolás Lafferrière [coord.], Buenos Aires, 2010, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", pág. 38). En efecto, "el avance de la medicina ofrece amplísimas posibilidades que permiten preservar la vida tanto de la madre como la del niño, conforme lo ha señalado la Academia Nacional de Medicina en su declaración del 4-8-94". Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Dictamen expedido en defensa de la vida inocente..., cit.

(13) Cabe recordar que se trata de un delito doloso. Conf. D'alessio, Andrés J., Código Penal de la Nación comentado y anotado, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. II, Parte especial (arts. 79 a 306), págs. 61-62.

(14) El régimen jurídico de los tratados internacionales del art. 75, inc. 22, CN es el siguiente: 1º) Tienen rango constitucional. 2º) Rigen en las condiciones de su vigencia. Las "condiciones de vigencia" se refieren -según el sentido dado por el Constituyente- al tratado tal como fue incorporado al derecho argentino, con sus reservas y declaraciones interpretativas. Las "condiciones de vigencia" de un Tratado para un país, dependen del contenido de las "declaraciones interpretativas" y "reservas" que éste pudiera haber formulado al Tratado o Convención. Las condiciones de vigencia, según lo dispone la Convención de Viena sobre los Tratados, están integradas por las reservas que el Estado Parte formula. Ambas -reserva y declaración interpretativa- son declaraciones unilaterales. La diferencia entre una y otra consiste en que la declaración tiene por objeto

expresar una definición o definir el alcance de una cláusula del Tratado para un país. Si esta declaración es condición de adherir al Tratado, se entiende que tiene una semejanza mayor con la reserva, y se la denomina interpretación condicional. Mientras tanto la reserva es una declaración unilateral que tiene por intención modificar los efectos jurídicos de un Tratado o una cláusula del mismo para un país. Respecto a si el régimen jurídico de las "reservas" es aplicable o no a las "declaraciones interpretativas", la Comisión Internacional de Derecho, emanada de los Convenios de Viena, resolvió que "reservas" y "declaraciones interpretativas" tienen el mismo régimen jurídico (conf. Comisión de Derecho Internacional, 51 período de sesiones, 3 de mayo-23 de julio de 1999, Nueva York, 1999, Edit. Naciones Unidas, pág. 194). Por lo tanto, las declaraciones interpretativas, así como están mentadas en la ley aprobatoria, integran la validez del Tratado para la Argentina. Esta es la doctrina de la Corte Suprema en la causa "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación, causa nº 32/93" del 7-4-95, donde señala que dicha jerarquía constitucional del tratado en las condiciones de su vigencia lo es "tal como (el tratado) rige en el ámbito internacional" (consid. 11), es decir, según como obliga a la Argentina en el ámbito internacional, con las reservas y declaraciones interpretativas que se hubiesen asentado y que fuesen válidas para el derecho internacional y para el mismo carácter obligacional del tratado. Un Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional, de fecha 25-8-05 (conf. www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm), sostuvo que el art. 75, inc. 22, párr. 2º, establece que los tratados y convenciones de derechos humanos que allí se mencionan tienen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, es decir, conforme a las reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación. 3º) Son complementarios de los derechos y garantías incluidos en la parte dogmática de nuestra Constitución -y por ende, no los derogan-. 4º) Los derechos enunciados en estos tratados son complementarios entre sí.

(15) El derecho a la vida de todo ser humano inocente es una de las normas imperativas de derecho internacional. Las normas de ius cogens son aquellas normas fundamentales del derecho internacional público, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, superiores a la llamada "voluntad" de los Estados y, por ende, insusceptibles de acuerdo en contrario. Es el núcleo duro de los derechos humanos, el minimum necesario para la supervivencia de la comunidad internacional, y responde a las nociones de orden público y bien común internacionales. Las normas de ius cogens tienen tres caracteres: a) inderogabilidad, b) imperatividad y c) supremacía con relación a toda norma de derecho interno. Conf. Scala, Jorge, El "Código da Kirchner" y la vida humana, en EDCrim., 21-9-06, págs. 13-15.

(16) Conf. Marrama, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, prólogo de Jorge Scala, Paraná, Dictum, Colección Doctrina, 2012, pág. 173 y sigs.

(17) La importancia de estos Pactos y Declaraciones anteriores a la Constitución de 1853/1860 es que forman parte del derecho vigente, tal como lo demuestra su Preámbulo: "en cumplimiento de Pactos preexistentes".

(18) En el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853 se dijo que "los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza (...) ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar" (la bastardilla es nuestra). Punto II del Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853. En Sampay, Arturo E., Las constituciones de la Argentina (1810-1972). Recopilación, notas y estudio preliminar de Sampay, Arturo E., Buenos Aires, EUDEBA, 1995, pág. 391. Cit. en Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, LL, 2003-300.

(19) Esto queda demostrado en el art. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece: "Toda persona tiene derecho a que se la reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones". Si en esta afirmación el término "persona" tuviese el significado técnico que le atribuye la corriente codificadora -plasmada en nuestro Código Civil-, no tendría sentido que se afirmase que la persona tiene derecho a que se le reconozca como sujeto de derechos y obligaciones. Sería un pleonasmo. Claramente, entonces, se emplea el término "persona" como equivalente al de "hombre". En el mismo sentido, el Pacto de San José de Costa Rica establece en su Preámbulo que "los derechos esenciales del hombre no nacen de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". Es decir que los derechos esenciales del hombre surgen de sus propios atributos. En lenguaje realista diríamos que los derechos subjetivos se fundan en la naturaleza humana, ya que el hombre no es una creación del Estado ni de la ley positiva. Es una realidad preexistente a éstos y que, como tal, "se les impone como algo dado, con determinadas exigencias insoslayables". Morelli, Mariano G., El hombre y la bioética. La vida humana y los tratados internacionales de derechos humanos, en AA.VV., Persona, sociedad y derecho: temas actuales de filosofía jurídica y política, Camilo Tale (dir.), Córdoba, Edit. del Copista, Biblioteca Jurídica, 1998, pág. 73.

(20) Aunque no se comparta nuestro criterio sobre las nociones jurídicas de hombre y persona -que es el que establecen los tratados de derechos humanos-, no se puede soslayar que todo ordenamiento jurídico necesita basarse en certezas para prescribir que se dé a cada uno lo suyo, y, ante la duda sobre la existencia de una persona, juega el principio al que aludimos -in dubio pro homine-, que podríamos formular de la siguiente manera: "in dubio pro persona". Este principio, al que damos un nuevo enunciado, no sería más que la generalización de los tres principios que pertenecen al derecho penal, laboral y de las obligaciones respectivamente: in dubio pro reo, in dubio pro operario y favor debitoris. Estos principios, inspirados en una exigencia de justicia, son la cristalización de la perenne pretensión del ordenamiento jurídico, de custodiar con predilección al indefenso, al débil, a quien está de alguna forma en una situación desfavorable. Por eso se postula que la exigencia de justicia que subyace debajo de esos principios sea llevada también al terreno de la bioética, admitiéndose la existencia del principio in dubio pro nasciturus ("en caso de duda, debe estarse a lo que sea más favorable al por nacer"). "El beneficio de la duda nos obliga a considerar al embrión, desde la fecundación, como una persona, y por tanto nos está absolutamente vedado cualquier mediatización del mismo en interés científico, médico o paterno". Conf. Morelli, Mariano G., El hombre y la bioética..., cit., pág. 80.

(21) Esta conclusión que se deriva de lo antes expuesto es, a mayor abundamiento, afirmada expresamente por el mismo Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce el derecho de toda persona a la protección de su vida por parte de la ley, desde el mismo momento de la concepción (conf. art. 4.1.). En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. I: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; y la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3º: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (los resaltados son nuestros). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, lo reconoce como un derecho natural al decir que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana" (art. 6.1, el resaltado es nuestro). Así lo entendió también la Corte Suprema, como puede apreciarse en el consid. 12 del voto de la mayoría en el caso "Portal de Belén", que establece que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, que es amparado jurídicamente desde su concepción (conf. CS, in re "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", 5-3-02). En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección más elaborada. En efecto, persona es todo ser humano (art. 1.2) y toda persona "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art. 3º). Todo ello implica que no puede sostenerse jurídicamente la existencia de seres humanos de distinto estatus jurídico, según la edad o etapa de desarrollo biológico en que se encuentren.

(22) Al decir que el derecho a la vida "estará protegido por la ley", esto implica una obligación concreta para los Estados, consistente en sancionar leyes que protejan la vida desde la concepción. Esta protección legal implicará tanto medidas positivas que tutelen la vida como sanciones por la violación de este derecho. Y el no cumplimiento de esta obligación traerá aparejada la responsabilidad internacional del Estado argentino. En efecto, cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que este tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional. Por tanto, 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 (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 11/90, parágrafo 23. Cit. en CS, in re "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", 5-3-02, ED, 197-13. Fallos: 325:292. consid. 15; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 7/86. Cit. en CS, in re "Ekmekdjián, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros s/recurso de hecho", 7-7-92, Fallos: 315:1492, consid. 22). En consecuencia corresponde respetar, interpretar y aplicar las normas constitucionales vigentes, declarando los jueces de oficio la inconstitucionalidad de las normas de jerarquía inferior que se opongan a las primeras. Y el no cumplimiento de esta obligación traerá aparejada la responsabilidad internacional del Estado argentino.

(23) La expresión "en general" -en el contexto enfático de la oración- indica "en todos los casos", o "en igualdad de condiciones para todos los casos". Conf. Barra, Rodolfo C., La protección constitucional del derecho a la vida, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 43 y sigs. Es decir que la vida desde la concepción siempre debe ser protegida a través de la legislación. La jurisprudencia argentina ha interpretado armónicamente el término "en general" que menciona el art. 4º de la CADH, de acuerdo con el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al decir que "de la simple lectura del art. 4º se demuestra el error de la Convención Americana. Dice la norma: '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. La Convención no dice 'algunas

personas' tienen derecho a que se les respete su vida; al contrario, dice que se le debe respetar la vida a 'todas' las personas. Aquí hay un término de más y es preciso saber cuál de los dos. El término 'toda persona' y el término 'en general' son contradictorios esencialmente en la redacción del art. 4º, por lo que en el trabajo interpretativo, uno de ellos deberá prevalecer sobre el otro. Si el término 'en general' cede ante el término 'toda persona', el absurdo desaparece y el art. 4º encuentra compostura lógica con el resto de los demás artículos de la Convención, donde el término 'en general' no figura ni aparece condicionando ningún derecho. La desaparición del absurdo es el signo evidente de que la interpretación es la correcta" (Cámara Federal de Salta, in re "R., N. F. - O. N. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo [Expte. nº 222/09], 3-9-10). Otra postura adoptan la Corte en el caso que comentamos (conf. consid. 10 del voto de la mayoría), Germán Bidart Campos (Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. III, pág. 421) y Andrés Gil Domínguez (Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 267), quien, por ejemplo, sostiene: "...la Convención Americana protege la vida desde la concepción, pero permite frente a determinadas circunstancias especiales y en un determinado tiempo, la no incriminalización del aborto consentido, en consideración de otros derechos que el Pacto de San José contempla y que son atinentes a la mujer". Esta interpretación es jurídicamente inconsistente, dado que no respeta el principio constitucional de complementariedad de los tratados de derechos humanos, por el cual se puede afirmar que la vida humana comienza desde la concepción, y desde allí pesa la obligación de los Estados de protegerla por ley, como también la interdicción de la arbitrariedad en lo que respecta a la gravísima decisión de privar a otro de su vida (conf., entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que el primer derecho inalienable es el "derecho a la vida", "inherente a la persona humana" -consid. 1º, 1º y 2º párrs.- y por ello, ese derecho a la vida estará protegido por ley y nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente -art. 6º-).

(24) Conf. Barra, Rodolfo C., La protección constitucional..., cit., pág. 43 y sigs.

(25) Conf. arts. 11.2.a y d. y 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18-12-79. Argentina la ratificó el 3-6-85, a través de la ley 23.179. El art. 75, inc. 23, CN tutela la vida del niño "desde el embarazo". La Corte sostiene (conf. consid. 9 del voto de la mayoría) que esta tutela es particularmente genérica, puesto que su objetivo es la seguridad social. Gil Domínguez, v.gr., sostiene que la intención del constituyente ha sido tutelar genéricamente al embarazo, pero que ello no excluiría en forma alguna el aborto (conf. Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario..., cit., págs. 70-71), postura que consideramos errónea, por no hacer una interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico argentino, comenzando por el mismo texto constitucional. En el mismo sentido, Germán Bidart Campos: "Esta norma se refiere a un régimen de seguridad social, por lo que no puede interpretarse ni como imponiendo el deber de incriminar el aborto mediante ley, ni como deparando una tutela genérica al 'derecho a la vida' durante el embarazo de la madre" (Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 2001, pág. 106). Otra parte de la doctrina, si bien es conteste en identificar la dificultad terminológica planteada por el art. 75, inc. 23, señala que ello no interfiere con el comienzo de la tutela jurídica de la vida a partir de la "concepción". María Angélica Gelli ha puesto de resalto la inequívoca sinonimia establecida entre "concepción" y "embarazo" en el despacho de mayoría de la Convención Constituyente de 1994. Una interpretación armonizante obliga a concluir que el "embarazo" tutelado por el art.75, inc. 23, coincide con la protección de la vida desde la concepción (Gelli, María A., El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones, LL, 1996-A-1455). Otros juristas han sostenido que existe una protección implícita en el art. 75, inc. 23, de la vida humana en gestación (Barra, Rodolfo C., La protección constitucional..., cit.). El Dr. Alberto Bianchi entiende que, a pesar de la redacción final del art. 75, inc. 23, la vida humana se encuentra tutelada desde la concepción: "En el seno de la Convención de 1994 se quiso dar un paso más e incorporar una norma que -fruto del acuerdo político- no tuvo la redacción que originariamente se había previsto. Se trata de la segunda parte del inc. 23 acerca de la obligación del Congreso de dictar 'un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo desde el embarazo (originariamente se había previsto que dijera desde la concepción) hasta la finalización del período de enseñanza elemental...'. Esta norma fue informada por los convencionales Barra y García Lema y generó un debate que ilustra la reticencia de algunos sectores políticos en incorporar la protección de la persona humana desde el momento de la concepción. No obstante ello es claro por demás, que hoy en nuestro país la vida humana desde el momento de la concepción es un principio que tiene rango constitucional" (la bastardilla es nuestra, Bianchi, Alberto B., El problema constitucional del aborto: Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido, JA, 80º Aniversario, 1998-64. Cit. por Basset, Ursula C., La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos, ED, 219-755).

(26) El art. 6º establece: "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (la bastardilla es nuestra). El art. 19 reza: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente..." y el art. 24, inc. 1º: "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" (las bastardillas son nuestras). Por ello, en protección de la salud del niño -que es sujeto de esta Convención- los Estados asumen el deber de adoptar "medidas apropiadas" para "asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres" (art. 24.d]), es decir que se atiende al niño a través de su madre. En el mismo sentido el art. 19.2: "Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él". Por su parte, el art. 18, inc. 1º, reconoce: "Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño" (la bastardilla es nuestra).

(27) Conf. art. 4º del Pacto de San José de Costa Rica y declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes, que es condición de vigencia de este tratado en tanto tal, cuya expresión es terminante: "Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad".

(28) La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica consultó a la sala Constitucional de la Corte Suprema de dicho país sobre la interpretación de algunas normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ésta, en su Opinión Consultiva nº 647-90, en el punto V, entiende que el art. 24, inc. f, de dicha Convención excluye como método de planificación familiar todo contraceptivo que tenga efectos abortivos, pues esto violaría el art. 6º de la citada Convención. Dicha Opinión resulta obligatoria para el Parlamento y el Ejecutivo costarricense que no podrían dictar normas con un sentido contrario al interpretado por la Corte (conf. Scala, Jorge, ¿Matrimonio o divorcio? La familia en el siglo XXI, prólogo de José Ignacio Cafferata, 1ª ed., San José de Costa Rica, Promesa, 2002, Serie: Temas de Actualidad nº 6). En nuestro país, reiteramos, rige idéntica prohibición para el Estado, en virtud de la declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes.

(29) El ordenamiento jurídico no es constitutivo o creador de derechos sino que, reconociendo la intrínseca validez de éstos (en razón del referido estatus eminente de las personas, en cuya virtud éstas devienen acreedores de dichos derechos), los dota de una vigencia histórica, es decir, los positiviza en un momento y de una manera determinada. Conf. Hervada, Javier, Introducción crítica al derecho natural, Pamplona, Eunsa, s/f, págs. 177-181.

(30) "No existe acto administrativo o norma alguna que pueda excluir del control de los jueces el estudio de un caso en el que se ponga en juego el derecho a la vida reconocido por la Constitución Nacional. Ello contraría expresamente lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Nacional, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en la tercera parte del art. 1º de la ley 26.061 que 'habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces'. Por otro lado, este derecho se transforma en una manda cuando el art. 30 de la misma ley establece la obligación de los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y de todo agente o funcionario público de comunicar a la autoridad competente la vulneración de los derechos de las niñas, niños o adolescentes, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión" (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, No existe un derecho al aborto. No existe un derecho a causar la muerte de los propios hijos, en EDCrim., 15-6-07, nº 11.780).

(31) Si el derecho a la vida es supraconstitucional (preexistente a toda legislación positiva), es intangible. Una adecuada protección exige excluir los supuestos de ataque a la vida, tratándolos como "delito". Conf. Basset, Ursula C., La Constitución Nacional y la despenalización..., cit. Esa tutela se efectiviza a través del delito de aborto, ubicado, en el Código Penal, en el Libro Segundo: "De los delitos", Título I: "Delitos contra las personas", Cap. I: "Delitos contra la vida". Es decir que el sujeto tutelado es la persona por nacer, su vida. El derecho a la vida de toda persona desde su concepción, reconocido por la Constitución Nacional, proyecta sus efectos sobre el mismo Código Penal, de jerarquía infraconstitucional. Por tanto, éste no podría alegar una supuesta "autonomía" para determinar qué se entiende por "persona" ni cuándo comienza a existir ésta (conf. Bach de Chazal, Ricardo, El aborto en el derecho positivo argentino: análisis del Código Penal argentino a la luz de los antecedentes históricos, la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía

constitucional, Buenos Aires, El Derecho, 2009-152 y sigs.). En el mismo sentido Lafferrière afirma: "El derecho humano a la personalidad proyecta sus efectos sobre el mismo código penal, que no podría alegar una supuesta 'autonomía' para determinar qué se entiende por 'persona' para el derecho penal. Adviértase que aquí ya no nos referimos sólo a la noción 'civil' de persona física o humana (en la Argentina, arts. 30, 51 y 70, cód. civil), sino a un concepto 'constitucional' de persona humana, que coincide con el de ser humano y que tiene un momento preciso en que comienza su existencia (la concepción). No sería, entonces, la legislación penal el lugar para discutir sobre la 'personalidad' del embrión, pues ello viene determinado por el derecho natural y los 'derechos humanos'". Lafferrière, Jorge N., Técnicas de procreación humana: propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de "Salud y Deporte", "Legislación General" y "Justicia y Asuntos Penales". Audiencia sobre "Fertilización asistida: Aspectos jurídicos", Buenos Aires, 15-8-06), en ED, 219-58.

(32) Conf. Franck, Inés, Los peligros del aborto para la salud de la mujer, en Centro de Bioética Persona y Familia, http://es-es.facebook.com/notes/centro-de-bio%C3%A9tica-persona-y-familia/los-peligros-del-aborto-para-la-salud-de-la-mujer/10150267455904649 Último acceso 9-10-11. La prestigiosa Revista Británica de Psiquiatría [BJP por sus siglas en inglés: British Journal of Psychiatry] recientemente publicó: Aborto y salud mental: síntesis cuantitativa y análisis de la investigación publicada, 1995-2009. El documento, una culminación de la amplia experiencia de la Dra. Priscilla Coleman en el campo del aborto y la salud mental encuentra que las mujeres que hayan experimentado un aborto tienen un incremento de riesgo del 81% de problemas de salud mental, y un riesgo aún mayor de abusar de sustancias y comportamiento suicida (230% y 155% respectivamente). Se mostró que cerca del 10% de la incidencia de todos los problemas de salud mental es directamente atribuible al aborto. Cfr. Muchova, Lucía, Ataques de críticas sin fundamento sobre el estudio del aborto y la salud mental, en http://www.c-fam.org/ fridayfax/espanol/volumen-14/an%C3%81lisis-ataques-de-cr% C3%ADticas-sin-fundamento-sobre-el-estudio-del-aborto-y-la-salud-mental.html. Último acceso 9-12-12.

(33) Mal pueden entonces "autorizarse" abortos de menores de edad embarazadas, alegando su superior interés. Conf. Marrama, Silvia, A diez años del primer intento pretoriano: consideraciones sobre un fallo "del reino del revés" (nota a fallo: STJ Río Negro in re "N., R. F. s/abuso sexual s/incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/apelaciones s/casación", 11-5-11, ED, 243-1049).

(34) Como demuestra el Dr. Bach de Chazal: "Los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no son en verdad 'actos jurisdiccionales', sino expresiones y sugerencias que reflejan el parecer de un órgano -fundamental sí, pero no judicial- de la Organización de los Estados Americanos, cuya naturaleza es de carácter jurídico-política. No les corresponden, por consiguiente, las consecuencias propias de actos de esa naturaleza que, en el sistema interamericano de derechos humanos sólo son atribuibles a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es por ello que con todo acierto y en una doctrina que no ha desandado, la Corte Interamericana precisó de modo categórico e inequívoco que su incumplimiento no genera responsabilidad internacional". Conf. Bach de Chazal, Ricardo, Acerca de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en www.eldial.com.

(35) Conf. García Elorrio, Aurelio F., Protección de los niños no nacidos en el sistema jurídico interamericano de derechos humanos: la integración normativa con el jus cogens, en AA.VV., Derechos humanos: 7 casos controversiales en América Latina, San José de Costa Rica, Promesa, 2002, Temas de actualidad 7, págs. 13-95.

(36) Su aplicación obligatoria por parte de los órganos de los Estados firmantes de los Tratados ha sido reconocida tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene decidido que los principios generales del derecho internacional forman parte del derecho interno argentino: "En nuestro sistema, la costumbre internacional y los principios generales del derecho de ese ámbito, forman parte del derecho interno argentino (Fallos: 43:321, 176:218, entre otros) y que entre aquéllos uno de los básicos es el del respeto a la soberanía de los Estados" (consid. 12, voto de la mayoría). "No es ocioso recordar la doctrina de la Corte según la cual la costumbre internacional y los principios generales del derecho de gentes, forman parte del derecho interno argentino (Fallos: 43:321, 176:218, entre otros)". CS, in re "Nadel, León y otro s/contrabando", 6-4-93, Fallos: 316:567, consid. 9º de la disidencia del Dr. Boggiano.

(37) Principio "pro homine", principio de progresividad o de no regresividad, principio "favor debilis" y principio de adopción de medidas internas.

(38) Este principio establece que un Estado no puede revocar un derecho fundamental de la persona insertado en un instrumento internacional que haya sido aceptado por ese Estado. Es decir que, según este principio, la tutela de los derechos humanos está en expansión, y no puede retroceder. Cualquier derecho que en algún momento histórico logra el reconocimiento como derecho humano, puede ser ampliado en su contenido, pero jamás puede ser reducido en cuanto a su alcance. La obligación de progresividad y consiguiente proscripción de regresividad constituyen una limitación que los tratados de derechos humanos imponen a los Poderes Legislativo y Ejecutivo en lo referente a los derechos sociales. Es por ello un criterio directamente aplicable por el Poder Judicial para juzgar el accionar de aquellos.

(39) "Art. 4º. Derecho a la Vida. 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. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente".

(40) El principio se enuncia del siguiente modo: "en caso de duda, debe prevalecer el interés del más débil". Es decir que en la interpretación de situaciones que comprometen varios intereses en conflicto, se debe privilegiar a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con la otra. Este principio es de especial aplicación al tema que nos ocupa, debido a la indefensión propia de la persona por nacer.

(41) Sostenemos que el aborto también es un acto de violencia contra la menor embarazada, entre otras razones, por las secuelas que generalmente acarrea. Sin embargo, no surge del fallo que se hayan realizado ofrecimientos de ayuda por parte del Estado como medida alternativa para evitar el aborto y que pudiese continuar con su embarazo y, a su término, dar en adopción al niño.

© Copyright: El Derecho