

Sumarios

Objeto y método del artículo. - 1. Admisión dentro del bloque de constitucionalidad de la despenalización del aborto. 1.1. *El bloque de constitucionalidad no admitiría la despenalización del aborto.* 1.2. *El bloque de constitucionalidad admitiría la despenalización del aborto.* 1.3. *Balance.* - 2. Acerca de si existe una jerarquía entre los derechos consagrados en la Constitución, y sobre si esta jerarquía tutela como valor fundante el derecho a la vida. 2.1. *Posición que sostiene la existencia de una jerarquía de valores.* 2.2. *Posición que sostiene la inexistencia de una jerarquía entre los derechos que emergen del bloque de constitucionalidad.* 2.3. *Balance.* - 3. Acerca del significado de la cláusula contenida en el art. 75, inc. 22, respecto de que los tratados rigen “en las condiciones de su vigencia”. 3.1. *Las “condiciones de vigencia” se refieren a la interpretación dada por los organismos de aplicación del tratado.* 3.2. *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.* - 4. Acerca de si las “declaraciones interpretativas” tienen o no el mismo régimen previsto para las “reservas” y cuestión acerca de la posibilidad de efectuar reservas o declaraciones interpretativas a los tratados sobre derechos humanos. 4.1. *Se ha sostenido que.* 4.2. *La International Law Commission y el verdadero régimen de “reservas” y “declaraciones interpretativas” a la luz de las Convenciones de Viena.* 4.3. *Balance.* - 5. Acerca de si la cláusula “en general” del art. 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, prevé o no implícitamente supuestos de excepción delictiva del aborto. 5.1. *Parte de la doctrina ha sostenido que la cláusula “en general”, contenida en el art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos significaría la posibilidad de que existan excepciones en torno a la punibilidad del aborto.* 5.2. *Otros autores como p. ej. Rodolfo Barra o Alberto Bianchi, han interpretado de acuerdo al sentido de la norma, y en complementariedad con las otras normas de protección de la vida vigentes, que a pesar de la cláusula “general” la protección de la vida es fuerte y progresiva en la Convención de Costa Rica.* - 6. Las dificultades planteadas por el art. 75, inc. 23. 6.1. *Una parte de la doctrina sostiene que ésta tutela es particularmente genérica, puesto que su objetivo es la seguridad social.* 6.2. *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 a partir de la “concepción”.* - 7. Conclusión.

La Constitución Nacional y la despenalización del aborto. Algunos puntos problemáticos (*)

Objeto y método del artículo

A continuación se presenta un informe respecto del estado de la cuestión en el derecho constitucional respecto de algunos tópicos problemáticos en torno a la despenalización del aborto.

Es preciso dejar en claro, que -más allá de las opiniones favorables o desfavorables a la despenalización del delito de aborto- todos los autores de relevancia doctrinal que aquí se citan, en sus escritos, son concordes en afirmar que en el régimen jurídico argentino la vida humana inicia con la concepción(1).

1

Admisión dentro del bloque de constitucionalidad de la despenalización del aborto

1.1. *El bloque de constitucionalidad no admitiría la despenalización del aborto*

En el artículo publicado el día 19-5-06 en “La Nación”, el presidente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el Dr. Gregorio Badeni, sostuvo que, en el supuesto de que se sancionara el nuevo proyecto de Código Penal, que incluye la despenalización del aborto, “se estaría convalidando el homicidio”. El jurista argumentó que la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que la vida inicia con la concepción. Sostuvo que: “No se puede permitir, aunque haya razones determinadas, la muerte de una

persona. Esa posibilidad choca contra el Pacto de San José de Costa Rica”. Según Badeni, tampoco se debería despenalizar el aborto en los casos de violación, tal como lo establece el proyecto presentado ayer por una comisión de juristas. “Significaría hacer recaer sobre un ser inocente el acto delictivo del violador”(2), afirmó.

El jurista y ex integrante de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Rodolfo Barra, en su obra *La protección Constitucional del Derecho a la Vida*(3) sostiene que “De esta manera, en nuestra Constitución [www.elderecho.com.ar] y a través de los tratados constitucionales, la protección del derecho a la vida -a partir de su momento inicial, la concepción del embrión humano- alcanza un grado total de fortaleza, que en complementación con lo dispuesto en la segunda parte del art. 75.23 del texto constitucional -que, si bien destinado a otra finalidad, tiene una enorme trascendencia interpretativa a los efectos que aquí interesan- nos coloca entre las naciones más avanzadas en esta materia tan sensible y crucial para la defensa integral de los derechos humanos”.

En una posición intermedia parece encontrarse María Angélica Gelli cuando sostiene que el Estado está obligado a la protección de la vida, y el aborto sólo podría despenalizarse si se encontrara un medio más idóneo para la protección de la vida humana en gestación(4).

1.2. El bloque de constitucionalidad admitiría

la despenalización del aborto

Así lo sostienen explícitamente Germán Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez(5).

Bidart Campos ha sostenido en torno a la protección de la vida humana en gestación que: “Nuestra opinión acerca de la inconstitucionalidad de normas que autoricen las prácticas antedichas no significa que las respectivas conductas inconstitucionales deban estar incriminadas y sancionadas penalmente, porque hacerlo es privativo de la política criminal del Congreso y no viene exigido por la constitución. Una cosa, pues es considerar inconstitucional una norma “permisiva” que autoriza a cumplir una conducta contraria a la constitución, y otra diferente es que esa conducta deba necesariamente ser tipificada y penada como delictuosa. Lo último no lo compartimos(6)”(7).

Mientras tanto, Gil Domínguez sostiene en su tesis doctoral acerca del aborto voluntario y la constitucionalidad (dirigida por el mismo Germán Bidart Campos, 1999) que: “Desde el conjunto de instrumentos internacionales que integran el bloque de la constitucionalidad, emana que el derecho a la vida está protegido constitucionalmente desde el momento de la concepción, sin que esto implique: a) que el Estado argentino esté obligado internacional y constitucionalmente, a penalizar el aborto voluntario en todo momento y en toda circunstancia, b) que el valor vida humana en formación siempre prevalece, en caso de conflicto y ponderación, sobre otros valores constitucionales de la mujer que también están expresamente incorporados a los instrumentos ubicados en el bloque, c) que el Estado argentino tiene prohibido internacional y constitucionalmente, optar por una vía de protección alternativa a la conminación penal que sea más eficaz y proporcional y necesaria que esta última”(8).

En una posición más moderada, se encuentra el constitucionalista Néstor Sagüés, quien, si bien sostiene que la vida está protegida desde la concepción, entiende que la despenalización del aborto no sería inconstitucional: “Lo cierto es que si cabe la tutela constitucional de la persona por nacer desde la concepción, el aborto discrecional o libre es un acto prohibido por la Constitución. Pero ello no quiere decir, necesariamente, que deba ser delito. Sobre esto último, tiene la palabra el legislador, quien puede o no tipificar penalmente ese aborto (...) como efectivamente lo ha hecho hasta ahora. En resumen, una cosa es que para la Constitución el aborto discrecional esté interdicto, y otra que la violación a esa regla genere inexorablemente un delito. Hay infracciones a la Constitución, en efecto, que no importan delito (p. ej. no pagar el salario mínimo vital y móvil...)”(9).

1.3. Balance

Si bien algunos constitucionalistas han entendido que la despenalización del aborto no sería inconstitucional, puesto que no se trataría de un “delito constitucional”; ello parece contrario a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) en los fallos “Saguir y Dib” (Fallos, 302:1284) y “Baricalla de Cisilotto” (Fallos, 310:112) En “Saguir” se sostuvo que el derecho a la vida es el “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”. Y en “Portal de Belén” [ED, 197-13], la CS ha sostenido que la vida desde la concepción debe recibir protección en la “máxima medida posible”(10).

En consecuencia, si el derecho a la vida es supraconstitucional (“preexistente a toda legislación positiva”), deviene intangible. Una adecuada protección exige excluir los supuestos de ataque a la vida, tratándolos

como “delito”. En última instancia, no se trata sino del mandato primigenio de conservación de la especie.

Entroncando la argumentación con el art. 29 de la CN concluimos que algunos derechos son intangibles para el Estado. Más aún, el Estado es garante de ellos(11). En el caso del derecho a la vida, esta intangibilidad viene dada por su preexistencia a todo orden constitucional. Por lo cual, el Estado debe enrolarse activamente en la tutela de la vida.

En cuanto al argumento que sostiene que el aborto no es un “delito constitucional”, hay que advertir que muchos otros delitos no son “delitos constitucionales” y sin embargo es inconcebible la despenalización: por ejemplo, el homicidio, la violación, el robo(12), etcétera.

Por último, es necesario seguir el “principio de progresividad”(13) (o de “no regresividad”[14]) implícito en la protección de los derechos humanos. Y esto es lo que aparece explicitado en el art. 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, 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.

Se ha sostenido que: “Si el derecho a la vida es el centro desde el que se irradian todos los derechos, su interpretación no puede ser restrictiva, y su protección obliga en primer lugar al Estado a adoptar todas las medidas posibles, especialmente para aquellos grupos más débiles o desaventajados”(15). Y el Estado en consecuencia está obligado a adoptar medidas positivas de tutela para su pleno ejercicio, más aún, cuando se encuentren afectados los derechos de los niños (cuya existencia comienza desde el momento de la concepción, conf. declaración interpretativa art. 1º, Conv. Derechos del Niño).

En consecuencia ninguna legislación ni emanada del poder constituyente, ni del poder constituido puede afectar este bien primerísimo, fundante, y antecedente a la legislación positiva. No proteger el bien jurídico “vida” desde la concepción con un tipo penal deviene contrario a la intangibilidad de la vida humana como “primer derecho natural” (conf. “Saguir y Dib”).

2

Acerca de si existe una jerarquía entre los derechos consagrados en la Constitución, y sobre si esta jerarquía tutela como valor fundante el derecho a la vida

2.1. Posición que sostiene la existencia

de una jerarquía de valores

Una parte de la doctrina sostiene la existencia de una jerarquía en los valores de los derechos reconocidos por la Constitución. Muchos constitucionalistas opinan que la vida es un valor fundante. Así, Néstor Sagüés(16), estima que el “techo ideológico” de la Constitución Nacional es cristiano, por lo que la protección de la vida desde la concepción es fundante del sistema de derechos(17).

Sin embargo, que el derecho a la vida sea fundante no necesariamente implica que esté en la cúspide de la jerarquía de derechos.

2.1.1. En clave liberal (libertaria), el derecho clave es la libertad. Cualquier opresión a la libertad del hombre es menos valiosa que la libertad misma. Según ha sostenido recientemente el constitucionalista italiano Danilo Castellano, es la libertad la que permite no cumplir las constituciones a los grupos minoritarios.

Miguel Ekmekdjian había sostenido la primacía de la “dignidad”(18). Como es sabido, este concepto tiene una extensión indefinida y está cargado de evidente ambigüedad. La vida, en la propuesta del egregio constitucionalista, ocupa el segundo lugar.

El mismo Gil Domínguez, que en su tesis doctoral se había inclinado por negar una jerarquía entre los derechos, en un artículo más reciente, afirmó que podía haber conflictos entre derechos. No queda clara de la enunciación cuál es la pauta de solución en función de la argumentación favorable al aborto que presenta el artículo, pero claramente se inclina a favor de una jerarquía de derechos humanos, en los que prevalecen los de la madre por sobre los del feto (cuya existencia humana aparece puesta en duda)(19).

2.1.2. El constitucionalista Miguel Padilla sostuvo que el derecho a la vida es “obvio soporte de todos los restantes”(20).

Debe entenderse que la CS se ha enrolado entre quienes sostienen que la vida es un derecho primerísimo, además de fundante. Al menos hasta aquí la jurisprudencia de la Corte, así como se expresó reiteradamente a partir del fallo “Saguir y Dib” (302:1284), sostuvo que la vida es un derecho “primero” y “preexistente a toda legislación positiva”(21).

2.2. Posición que sostiene la inexistencia

de una jerarquía entre los derechos que emergen

del bloque de constitucionalidad

Es menester señalar, que Bidart Campos ha sostenido la necesidad de diferenciar entre jerarquía de derechos y jerarquía de valores. Él había sostenido que si bien hay una jerarquía de valores, no hay jerarquía de derechos.

Una posición contraria a la jerarquía entre los derechos, es la que surge de la afirmación reiterada de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma que en la interpretación de la Constitución debe optarse por una lectura armonizante. La idéntica jerarquía de todos derechos, muchas veces no ha querido significar una disímil jerarquía de valores. En el momento de fallar, el Juzgador siempre da preeminencia a una regla jurídica sobre otra para resolver un caso.

En caso de conflicto entre derechos, se establecen pautas de interpretación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en los precedentes “Monges” [ED, 173-262] y “Chocobar” [TySS, 1997-406], que el constituyente al incorporar los tratados hizo una comprobación(22).

En el fallo “Monges”, la Corte sostuvo que “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente”. En consecuencia debe interpretarse que: “las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”(23).

Andrés Gil Domínguez ha afirmado en su tesis doctoral: “En el aborto voluntario existen supuestos en donde colisionan dos valores constitucionales. Hablamos de la vida, la salud, la libertad sexual de la mujer, o bien la no imposición a la mujer y a la pareja de la maternidad de un hijo que adolece de taras. Son justamente estos conflictos los que obligan constitucionalmente al Estado, a no exigir determinadas clases de conductas: en el aborto voluntario, al existir un conflicto de valores, el Estado no puede exigirle a la mujer que continúe con el embarazo”(24). Pero, como hemos visto, el autor se contradice a sí mismo. En realidad, en este caso la equiparación de los derechos es un espejismo argumental para poder afirmar que es superior la libertad sexual de la mujer a la vida del *nasciturus* (ver punto 2.1.1).

2.3. Balance

La vida no está en la cúspide de una jerarquía de “valores”. La vida es presupuesto de la jerarquía de valores. Por ello es intangible y acreedora de la máxima protección. Según dice María Angélica Gelli(25) esa protección debe verse intensificada a mayor vulnerabilidad del sujeto: así los ancianos, los niños, los enfermos, merecen una mayor protección -sin discriminación de su condición social- (*i. e.* que los hijos de madres pobres, merecen la misma tutela que los hijos de madres ricas). El ser humano más indefenso es el embrión, por lo que merece la máxima protección estadual.

3

Acerca del significado de la cláusula contenida

en el art. 75, inc. 22, respecto de que los tratados rigen “en las condiciones de su vigencia”

La doctrina difiere en torno al sentido que hay que dar a las “condiciones internacionales de vigencia” de los Tratados, así como aparece en el art. 75, inc. 22. Para resolver el sentido que hay que dar a las “condiciones de su vigencia” es preciso esclarecer el sentido específico de la expresión para la Convención Constituyente del 1994 que introdujo la reforma y resolver el problema del valor de las declaraciones interpretativas y reservas a los tratados.

En este punto, primero se expondrán las posiciones en la doctrina constitucionalista y luego se establecerá el sentido consagrado por la Convención Constituyente, que según ha quedado explicitado por la CS, es pauta interpretativa de primera relevancia(26).

3.1. Las “condiciones de vigencia” se refieren

a la interpretación dada por los organismos

de aplicación del tratado

Una primera postura acentúa el sentido internacionalista de la interpretación de los tratados(27). Quienes siguen esta postura tienden a citar la jurisprudencia de la Corte (interpretación dinámica) y omitir la mención del debate de la comisión constituyente (*i. e.* excluyen la interpretación acorde a la intención del texto según la *intentio auctoris* o de acuerdo con la voluntad del legislador).

En el fallo “Giroldi” la Corte sostuvo que los Tratados deben entenderse como efectivamente rigen en el ámbito internacional: “...la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2º) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” La doctrina de “Giroldi”, reiteraba la línea argumental sentada en “Ekmekdjian c. Sofovich” [ED, 148-354](28) y se continuó en “Bramajo” [ED, 170-294]. Estas pautas hermenéuticas fueron, sin embargo, restringidas con la doctrina del “margen nacional” en “Acosta”, “Felicetti” y “Alonso”, que establecen la inexistencia de un deber jurídico vinculante a los pronunciamientos de los organismos de aplicación de los tratados.

Así ha sostenido Miguel Ángel Ekmekdjian que “la frase ‘en las condiciones de su vigencia’, no se refiere al modo en que tales tratados han sido ratificados, sino a la forma en la que rigen en el ámbito internacional, considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. Aunque el mismo Ekmekdjian sostiene párrafos más arriba, que “según algún autor esta frase fue propuesta en la Comisión Redactora de la Convención Constituyente de 1994, para otorgar rango constitucional a la declaración interpretativa del Poder Ejecutivo, efectuada al momento de ratificar la Convención de Derechos del Niño (ley 23.849 [EDLA, 1990-203])”(29). El autor al que se refiere Ekmekdjian en la cita antecedente, no es otro que el Dr. Humberto Quiroga Lavié, quien fue convencional en 1994.

Bidart Campos ha sostenido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estaría también obligada por los Tratados que no estén consagrados en el art. 75, inc. 22. Un tratado infraconstitucional que contrariara la Constitución, podría declararla inconstitucional: “Nuestra tesis puede, en suma, resumirse así: Fuentes externas al Estado como son, en cuanto fuentes internacionales, los tratados, se introducen en su contenido en el derecho interno, y aún cuando dentro de éste tal contenido se sitúe en un nivel inferior a la Constitución, funciona como un límite heterónimo que es capaz de invalidar por inconstitucionalidad normas superiores que sean violatorias de un tratado”(30).

El Dr. Guillermo Moncayo, nos parece que se ha enrolado en una tesis semejante, al sostener que: “Naturalmente, es el derecho internacional el que determina las condiciones de vigencia de los tratados internacionales, cuyas reglas rigen los tratados sobre derechos humanos. No ha de prescindirse, entonces, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”(31).

3.1.1. Una parte de la doctrina, profundizando esta interpretación, ha sostenido que la Corte Suprema, no sólo estaría obligada por los Tratados Internacionales del art. 75, inc. 22, sino también por las interpretaciones que hagan sus órganos de aplicación.

“La fórmula gramatical ‘en las condiciones de su vigencia’ indica que deben ser consideradas las reservas, declaraciones y aclaraciones que el Estado argentino realizó al momento de ratificar los tratados internacionales, y respecto de las declaraciones internacionales deben tenerse en cuenta las interpretaciones que los organismos de control han realizado por vía jurisdiccional, política o consultiva, en los distintos sistemas convencionales y no convencionales”(32).

3.2. 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

Es menester señalar que otra parte de la doctrina insiste en señalar que la referencia a las “condiciones de vigencia” de los Tratados incluye “el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina”. Como es sabido, este punto fue objeto de un intenso debate en la Convención constituyente.

Así, por ejemplo, el Dr. Barra sostiene que “tal como [el tratado] rige en el ámbito internacional (...), 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”.

El mismo autor, corredactor de esta cláusula, explica en la nota al pie que había dos posiciones claramente diferenciadas en el debate de la Convención Constituyente: la de quienes sostenían que el Tratado regía por sí mismo, con independencia de las reservas, y la de quienes entendían que aquellas integraban la vigencia del tratado. El Convencional Alfonsín sostuvo la primera postura: “en lo concerniente a las condiciones en que se consagra la jerarquía institucional de los tratados y convenciones, se explicita que será en las condiciones de vigencia en sí del tratado y no a las condiciones de su vigencia para nuestro país”. “En este sentido, las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados”. En el mismo sentido, el convencional De Vedia sostuvo que “...la declaración e, inclusive, la reserva, no forman parte del tratado, porque ésta puede ser retirada en algún momento por el gobierno de turno”(33).

La segunda postura, la que sostenía que “en las condiciones de su vigencia” debía interpretarse como inclusivo de las declaraciones interpretativas y reservas hechas al suscribir un tratado, fue sostenida con los siguientes argumentos:

“La incorporación al ordenamiento argentino es, como dijo la Corte Suprema en la causa ‘Ekmekdjian’, un ‘acto federal complejo’ que tiene tres etapas: primero, la firma del tratado; segundo, la sanción y promulgación de la ley aprobatoria y tercero, la ratificación internacional. Es decir, la manifestación internacional del consentimiento obligacional de nuestro país -lo que se hace, y por tanto esto integra necesariamente el acto o tratado- con las reservas y declaraciones interpretativas si las hubiese” (intervención del convencional Barra).

“...la vigencia de un tratado alcanza no sólo al contenido del mismo, sino también a las reservas incluidas por el Ejecutivo al ratificar el respectivo tratado, en tanto la reserva forma parte de la ratificación, es obvio que ella forma parte del tratado” (inserción solicitada por el Convencional Quiroga Lavié).

Congruentemente sostuvo Antonio Boggiano, que la vigencia en el derecho internacional significa “incluyendo el modo particular de vigencia que tengan en cada Estado (v. gr. atendiendo a las respectivas reservas)”(34).

Y esta es la conclusión que extrae un reciente *Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional*, de fecha 25 de agosto de 2005, en el que la Academia sostuvo que: “El art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional establece que los tratados y convenciones de derechos humanos que allí se mencionan tienen jerarquía constitucional, pero siempre que cumplan tres requisitos: a) En las condiciones de su vigencia (reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación)”(35).

3.3. En una posición conciliatoria deberíamos situar a María Angélica Gelli(36), quien integra ambas pautas.

4

Acerca de si las “declaraciones interpretativas” tienen o no el mismo régimen previsto para las “reservas” y cuestión acerca de la posibilidad

de efectuar reservas o declaraciones interpretativas

a los tratados sobre derechos humanos

Según se afirmaba más arriba, 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.

4.1. *Se ha sostenido que:*

- las “*declaraciones interpretativas*” son “*distintas*” de las “*reservas*”. Por lo tanto, las primeras tendrían un régimen jurídico diferenciado de las últimas, en orden a la regulación emergente de la Convención de Viena sobre los Tratados.

- las “*declaraciones interpretativas*” no son válidas en el marco de los tratados, declaraciones y convenciones de derechos humanos.

Como veremos, ambas afirmaciones son rotundamente falsas y provienen de falta de información de la doctrina constitucionalista que lo sostiene.

Con apoyo en estas afirmaciones, algunos juristas han puesto en duda el valor de la “declaración interpretativa” aprobada conjuntamente con la Convención de Derechos del Niño, y posteriormente ratificada ante el Comité respectivo, que sostiene que: art. 2º, párr. 3º, ley 23.849: “Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. La Convención fue declarada parte integrante del texto de la CN con esta reserva previa.

En forma genérica, se ha puesto en duda el valor de las “declaraciones interpretativas”. Todo ello se apoyó en la doctrina de las Sesiones ginebrinas de la *International Law Commission*, en 1970.

El trabajo madre, y que se cita habitualmente en este punto, es la obra colectiva coordinada por los Dres. Juan Vega y Marisa Graham, intitulado *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*(37). En la pág. 97 y sigs. se analizan los alcances de las “cláusulas interpretativas”. Marta Faur y Cristina Vallejos - autoras del artículo respectivo dentro de la obra- apoyan su análisis en la afirmación del Sr. Waldock en la *Conferencia de Derecho Internacional de 1970*. Según ella, se excluyen de la categoría de las reservas las declaraciones interpretativas.

De esta forma, las declaraciones interpretativas no tendrían el régimen de adhesión a los tratados de las reservas (art. 19 y sigs., Conv. de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

En la discusión del problema, se incluye otro tema: el de la posibilidad de efectuar reservas a los tratados sobre derechos humanos.

La conclusión de los autores, es que si el Estado quisiera denunciar en el futuro, a través del Congreso de la Nación tal declaración interpretativa, no estaría comprendida con el requisito de dos tercios de los miembros de cada cámara para su denuncia.

Esta conclusión, si bien no es una derivación razonada de sus premisas, puede demostrar o bien una línea de pensamiento o una guía de acción.

La argumentación antedicha es recogida en reiterados escritos por Andrés Gil Domínguez, como argumento cabal a favor de la despenalización del aborto, a pesar de ser falsa y estar desactualizada. Recoge esta argumentación en su tesis doctoral del año 2000(38).

Gil Domínguez reitera el mismo esquema argumental en por lo menos cuatro artículos, que citamos al pie(39). Todos estos artículos son posteriores a las discusiones y definiciones de la *Comisión Internacional de Derecho*, que describiremos a continuación, y aun así la información referida a este punto está ausente en la obra del famoso constitucionalista(40).

4.2. La *International Law Commission* y el verdadero régimen de “reservas” y “declaraciones interpretativas” a la luz de las Convenciones de Viena

Es menester advertir, empero, que desde 1993, la Comisión Internacional de Derecho se ha abocado a tratar como tópico “*The law and practice relating to reservations to treaties*”(41), tópico que después se convino en nombrar simplemente “*Reservation to treaties*”(42). La decisión fue aprobada por la Asamblea General, en la resolución 48/31 del 9-12-93.

Para tarea de largo aliento, se designó *rapporteur* al Sr. Alain Pellet(43), quien debía abordar el problema de las reservas, las declaraciones interpretativas y otras declaraciones unilaterales(44).

En su ardua labor en los últimos trece años, la Comisión de Derecho Internacional fue aprobando en tandas, una Guía Práctica(45), que incluye la definición de “declaraciones interpretativas(46) “ y “reservas(47)”.

Ya en las conclusiones de 1998, se quiso dejar en claro, que reservas y declaraciones tenían el mismo valor(48), en relación con las tres convenciones de Viena.

Ambas -reserva y declaración interpretativa- son declaraciones unilaterales

La diferencia entre una y otra consiste en que la declaración tiene por objeto(49) expresar una definición o definir el alcance de una cláusula del Tratado para un país(50). 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(53). 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” era aplicable o no a las “declaraciones interpretativas”, la Comisión decidió por la afirmativa. Esto significa que para la Comisión Internacional de Derecho, emanada de los Convenios de Viena, “reservas” y “declaraciones interpretativas” tienen el mismo régimen jurídico.

Se expresó en los comentarios a estas definiciones, que el Comité deseaba apartarse de todo atisbo de nominalismo(52), y estar a lo que en buena fe el Estado quiso producir como efecto jurídico de su manifestación unilateral.

Como puede advertirse, la reserva tiene efectos jurídicos más profundos: busca modificar los efectos jurídicos del tratado o cláusula afectada respecto del Estado-parte.

Se discutió si el régimen general de la Convención de Viena era aplicable o no a los tratados de derechos humanos, y se sostuvo la posición afirmativa. Es decir, las reglas generales de las Convenciones de Viena y de la Guía de Práctica, son aplicables a los Tratados o Declaraciones sobre derechos humanos(53).

En este estado de cosas, se sostuvo que una reserva no es admisible cuando está proscripta por el tratado, o bien cuando restringe la aplicabilidad de una cláusula a un Estado parte o la desvirtúa.

4.3. Balance

De lo expresado, que como queda en claro, deriva de una ardua labor de juristas fuertemente especializados, cabe concluir que las declaraciones interpretativas, así como están mentadas en la ley aprobatoria, integran la validez del Tratado para la Argentina. Tienen el mismo régimen jurídico de vigencia que las reservas y un régimen más amplio de validez.

Entendemos que en nuestro caso, y según los ejemplos y definiciones referidas en el comentario, en el caso de las declaraciones interpretativas a la Convención de Derechos del Niño, se trataría de “interpretaciones condicionales”.

5

Acerca de si la cláusula “en general” del art. 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, prevé implícitamente supuestos de excepción delictiva del aborto

El problema con la cláusula “en general”, es que refleja la discusión en el seno mismo de la redacción y aprobación de la Convención costarricense entre países que contenían ya excepciones a la punición del aborto y aquellos que no los tenían.

5.1. Parte de la doctrina ha sostenido que la cláusula “en general”, contenida en el art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos significaría la posibilidad de que existan excepciones en torno a la punibilidad del aborto

Puede leerse esta posición en Germán Bidart Campos(54) y en Andrés Gil Domínguez, 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 incriminación del aborto consentido, en consideración de otros derechos que el Pacto de San José contempla y que son atinentes a la mujer. De esto inferimos que este instrumento internacional tampoco se opone a una protección eficaz de la vida desde la concepción”(55).

5.2. Otros autores, como p. ej. Rodolfo Barra o Alberto Bianchi(56), han interpretado de acuerdo al sentido de la norma, y en complementariedad con las otras normas de protección de la vida vigentes, que a pesar de la cláusula “general”, la protección de la vida es fuerte y progresiva en la Convención de Costa Rica.

Citamos, p. ej. a Barra: “La Convención de Costa Rica establece para los Estados parte la interdicción de la desprotección legal arbitraria del derecho al respeto de la vida del por nacer. (...) En el sistema de la Convención, que protege fuertemente la vida, lo arbitrario es aquello que no se encuentre fundado en una causa grave y excepcional -como ocurre para la admisión de la pena(57)”. Se refiere, además, que la obligación que se impone a los Estados-parte de hacer efectivos los derechos tutelados en la Convención, se tornaría de otra manera ociosa (art. 2º, de la Convención)(58).

Sin explicitar el punto, tanto Sagüés como Padilla(59) han coincidido en que la cláusula “en general” establece el inicio de la tutela constitucional de la vida.

Las dificultades planteadas por el art. 75, inc. 23

Cabe mencionar las dificultades que se han planteado en torno a la tutela de la vida “durante el embarazo”, así como surge del art. 75, inc. 23 de nuestra Carta Magna.

6.1. Una parte de la doctrina sostiene que esta tutela es particularmente genérica, puesto que su objetivo es la seguridad social

Generalmente esta línea argumental *añade a estas consideraciones la precisión terminológica* en torno a las palabras “embarazo” -utilizada en este artículo- y “concepción”, utilizada en el art. 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se establece así que la intención del constituyente ha sido tutelar genéricamente al embarazo, pero que ello no excluiría en forma alguna el aborto(60).

Vemos por ejemplo, la siguiente cita de Germán Bidart Campos:

“Esta norma [el art. 75, inc. 23] 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”(61).

6.2. 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 a partir de la “concepción”

María Angélica Gelli ha puesto de resalto la inequívoca sinonimia establecida entre “concepción” y “embarazo” en del despacho de mayoría de la Convención(62). Una interpretación armonizante obliga a concluir que el “embarazo” tutelado por el art. 75, inc. 23 coincide con la tutela de la vida desde la concepción(63).

Otros han sostenido que existe una protección implícita del art. 75, inc. 23, de la vida humana en gestación(64).

El Dr. Alberto Bianchi, si bien apunta la dificultad generada en la Convención entre pro-abortistas y defensores de la vida, entiende que a pesar de la redacción final del art. 75, inc. 23, existe una protección de la vida desde la concepción: “No obstante ello, 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”(65).

7

Conclusión

En el bloque de constitucionalidad vigente en la Argentina, la vida merece protección desde la concepción.

El Estado está obligado, por la Constitución y los Tratados internacionales que ha suscripto, a adoptar medidas positivas mayores para la tutela de esa vida en gestación.

El aborto es un homicidio agravado, porque atenta contra la vida humana en máximo grado de desprotección y de dependencia vital de parentesco. Aunque la Constitución Nacional no lo enuncie como “delito constitucional”, su despenalización sería inconstitucional, en la medida en que la vida inocente es intangible por cualquier órgano del Estado (arg. art. 29, CN).

El aborto no debe ser despenalizado, no solamente porque hacerlo sería inconstitucional, sino porque la protección de la vida es el presupuesto de todo ordenamiento jurídico.

La tutela del derecho a la vida de sus vástagos es lo máspreciado para una comunidad y es un punto de honra para los argentinos que hasta el día de hoy no nos hayamos convertido en un país filicida.

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver además los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El derecho a la vida: Las ideas de Ronald Dworkin sobre el aborto y la eutanasia, por Ezequiel Coquet, ED, 176-957; Aborto, secreto y argumentación jurídica judicial, por Eduardo R. Soderó, ED, 179-192; Sobre el aborto, por Abelardo F. Rossi, ED, 179-995; Una pena (reflexiones acerca del delito de aborto), por Javier Anzoátegui, ED, 185-1108; Superación de “Natividad Frías”: Luces y sombras de un discutido fallo (Aborto, secreto, proceso: causa “Insaurralde”, CS de Santa Fe), por Héctor H. Hernández, ED, 186-1321; El estatuto jurídico del embrión. La solución argentina, por Rodolfo C. Barra, ED, 187-1516; Aborto y orden jurídico, por Jorge Scala, ED, 189-642; Abortismo pretoriano (Observaciones. Primera, Segunda, Tercera y Cuarta parte), por Héctor H. Hernández, ED, 189-815, ED, 189-866, ED, 190-589, ED, 190-625; Decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre derechos reproductivos. Cronología desde 1965 hasta 1997, por Liliana A. Matozzo de Romualdi, ED, 190-847; Juicio Político al Aborto, por Francisco Arias Pellerano, ED, 194-831; El feto, el aborto y el homicidio en la legislación penal argentina, por Vicente E. Anderreggen, ED, 194-839; La comercialización de medicamentos de efectos abortivos y la obligación del Estado de preservar la vida del por nacer, por Rodolfo C. Barra, ED, 197-591; Mortalidad materna por abortos, por Carlos A. Ray, ED, 200-971; Aborto, Preservativos y Sida, Consorcio de Médicos Católicos de Buenos Aires, ED, 211-943; El eclipse del valor de la vida: la legalización del aborto. Análisis sintético del estado actual del debate, por Jorge Nicolás Lafferriere, ED, 215-685; Derecho a la vida y aborto, por Gregorio Badeni, El Derecho, del 8 de agosto de 2006; En defensa de la vida humana inocente, Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires, El Derecho, del 8 de agosto de 2006; La protección internacional de la persona por nacer (Texto de la exposición efectuada durante el “Congreso teológico-pastoral” organizado por el Pontificio Consejo para la Familia y realizado con ocasión del “V Encuentro Mundial de las Familias”, Valencia, 4 al 9 de julio de 2006, por Rodolfo C. Barra, El Derecho, del 9 de agosto de 2006; La intangibilidad de la vida, por Dora Rocío Laplacette, El Derecho, del 10 de agosto de 2006; ¿Es lícito el aborto?, por Marcelo Bazán Lazcano, El Derecho, del 10 de agosto de 2006; Quien salva una vida es como si salvara el mundo entero (Diez errores del fallo de la Suprema Corte bonaerense en el caso del aborto a la mujer discapacitada), por Fernando Toller, El Derecho, del 11 de agosto de 2006; ver además El Derecho Política Criminal (sobre aborto), del 8 de septiembre de 2005.

(1) Respecto de esta afirmación: Existen quienes entienden que a) el régimen argentino “reconoce” la existencia de la vida humana desde la concepción, habida cuenta de que el debate científico ya ha superado el debate sobre el comienzo de la vida humana (el ADN del cigoto es humano y distinto del de su madre). b) También existen quienes -contra el dato científico- niegan la vida humana del embrión. En este caso, en el derecho argentino habría una afirmación voluntarista al definir el comienzo de la vida humana. La argumentación favorable al aborto generalmente no se apoya exclusivamente en tópicos jurídicos. En general acude a tópicos sociológicos (con frecuencia, estadísticas -a veces inexactas o de difícil comprobación-), socioeconómicos, ideológicos o bien biológicos. Aquí, se restringirá el estudio a las argumentaciones jurídicas emergentes del derecho constitucional.

(2) Las citas provienen del mismo artículo publicado el día 19-5-06, en el diario “La Nación”.

(3) Buenos Aires, Astrea, 1996, pág. 63.

(4) “Así pues, en la República Argentina no podría tacharse de inconstitucional una ley que penara los abortos, por las causas que fuesen. Sin embargo, cabría la duda acerca de si la no incriminación de aquellos actos constituiría una inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo, o si el Estado podría proteger la vida desde su inicio por otros medios. Claro que, entonces, se presentaría la cuestión de los medios idóneos para proteger efectivamente la vida desde sus comienzos, frente al principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido. P. ej. ¿bastaría, en consecuencia, con prohibir el establecimiento de clínicas abortivas?” en Gelli, María Angélica, El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones, LL, 1996-A-1455.

(5) En una posición extrema, que aquí no desarrollamos por no tratarse de un constitucionalista, el presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Jorge Rizzo (cuya especialidad parece ser derecho de daños), consideró que el Pacto de San José de Costa Rica “permite la legalización del aborto porque habla de ‘protección integral de la salud y la familia’” (conf. artículo publicado en “La Nación” el día viernes 19-5-06). www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-53483.html

(6) Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. II, págs. 105/6.

(7) Citamos: “el hecho de que la CADH prescriba que la ley Protegerá el derecho a la vida, y en general, que lo protegerá desde la concepción, significa que según el tratado, lo único que éste tolera es que, excepcionalmente, no se lo proteja a partir de la concepción; o sea que el tratado quizás admitiría causales muy restringidas y recaudos muy severos para el aborto especial -y nunca general-” en Bidart Campos, Germán J., Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución, en “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. III, Ediar, 1991, pág. 178. *Ibid.*, pág. 160: “b) el estado queda paralela y simultáneamente obligado a impedir, dentro de sus competencias, que los particulares

violen los derechos de otros, y a reparar las garantías frente a esas violaciones privadas”.

(8) Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario, vida humana y Constitución, Buenos Aires, Ediar, 2000, págs. 170/71. Con semejantes argumentos en Gil Domínguez, Andrés, La Constitución Nacional y el aborto voluntario, LLBA, 1998, 583.

(9) Sagüés, Néstor, Elementos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II, págs. 323-324.

(10) Santiago, Alfonso, (h.), A un año de un fallo trascendente en relación con el Derecho a la Vida, LL, 2003-E-1500.

(11) Según lo han sostenido la constitucionalista Claudia Baigorria y el especialista en Derecho de Familia Néstor Solari, en su artículo El derecho a la vida en la Constitución Nacional (¿Desde la concepción o desde el embarazo?), LL, 1994-E-1167: “En tercer lugar, el sujeto pasivo lo constituye el Estado. En consecuencia, al ser el Estado el único sujeto pasivo de los derechos reconocidos por los tratados, sólo él mismo responde internacionalmente ante posibles violaciones, en un doble sentido: cuando es él el autor directo de las mismas; y cuando siéndolo los particulares, no presta a las víctimas de las violaciones las garantías necesarias para impedir o reparar su consumación”.

(12) De conformidad con la advertencia formulada por nuestra colega Analía Pastore recientemente.

(13) La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2002, pág. 94.

(14) Molinelli, Juana Ester, La obligación de no regresividad arbitraria para la tutela efectiva y eficaz del derecho a la salud, LL, 2003-F-311.

(15) *Ibidem*.

(16) Ver, p. ej. Elementos del Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II, pág. 315.

(17) Congruentemente: Padilla, Miguel M., El Derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, s/d. “La enunciación de los derechos se inicia, naturalmente, con el de la vida, obvio soporte de todos los restantes”.

(18) De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos, ED, 114-947.

(19) Gil Domínguez, Andrés, ¿De qué hablamos cuando hablamos de aborto?, JA, 1996-I-693: “Al debatir los conflictos de valores entre la vida del feto y los derechos de la madre, dice: Feto-Madre Vida-Vida:

También en los casos de embarazos producto de una violación gran parte de los ordenamientos jurídicos (incluido el argentino), posibilitan la práctica del aborto. En este segundo supuesto, confrontan dos valores: vida del feto-honor de la madre, adquiriendo una mayor prelación axiológica el segundo. Lo podemos graficar de la siguiente manera: Feto-Madre Vida-Honor. De lo expuesto, podemos sacar las siguientes conclusiones: en primer lugar, desde una perspectiva jerárquica-axiológica, existen supuestos en los cuales el valor dignidad prevalece sobre el valor vida; en segundo lugar, si en numerosos ordenamientos jurídicos (en lo que respecta al aborto) el valor honor de la madre prevalece sobre el valor vida del feto, podemos afirmar que en determinados casos la dignidad de la madre (que es un valor jerárquicamente más valioso que el honor) prevalece sobre el valor vida del feto. Lo podemos graficar de la siguiente manera: Feto-Madre Vida-Dignidad. En este último caso debemos remitirnos al punto III y preguntarnos: ¿el derecho a la autodeterminación, las consecuencias psicológicas y sociales disvaliosas, las desigualdades sociales, no conforman el valor dignidad de la madre? La respuesta afirmativa es clara y contundente”.

(20) Padilla, Miguel M., El Derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Revista de Derecho Público”, n° 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1987, págs. 79-87.

(21) En estas dos afirmaciones concluyeron el voto de la mayoría y de la minoría.

(22) Lo que Néstor Sagüés denomina el “mito del constituyente perfecto”, en Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos), JA, 2003-IV-1220.

(23) Continúa diciendo la CS en el consid. n° 21 del fallo cit.: 21. “Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir”.

(24) En Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario, vida..., cit., pág. 208.

(25) Gelli, María Angélica, El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones, LL, 1996-A-1455.

(26) Conf. Fallos, 302:973, 323:2117, 324:1482, 316:1533, entre otros. Cit. por Sagüés, Néstor en Interpretación constitucional y alquimia constitucional..., JA, 2003-IV-1220.

(27) Esta tesis también ha sido denominada “sintonía internacional” de la interpretación. Conf. Albanese, Susana y Bidart Campos, Germán J., Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno, JA, 80° Aniversario, 1998-412.

(28) Es menester recordar que en el fallo “Ekmekdjian c. Sofovich”, la Corte sostuvo que “Lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte, en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino, que de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente”.

- (29) Ekmekdjian, Miguel, Tratado de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 623 relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino, que de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente”.
- (30) Bidart Campos, Germán J., El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales, Buenos Aires, Edic. del Puerto, 1997, pág. 83 “Argentina, al ratificar y prestar recepción a la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, se ha obligado a acatar su art. 27, en el que se define y reafirma que ningún Estado parte puede invocar su derecho interno para incumplir un Tratado. No es coherente, por eso, de que la reforma constitucional de 1994 sólo haya reconocido a los tratados un rango supralegal, manteniendo como principio general (con excepción de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional) el criterio de que los tratados son infraconstitucionales”.
- (31) Moncayo, Guillermo, Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino en Abregú, Martín y Courtis, Christian, La aplicación de los Tratados..., cit., pág. 97. Es menester recordar que en el fallo “Ekmekdjian c. Sofovich”, la Corte sostuvo que “Lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte, en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino, que de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente”.
- (32) Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario, vida..., cit., pág. 149.
- (33) Las citas son extraídas del libro de Barra, Rodolfo Carlos, La protección constitucional del derecho a la vida, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, págs. 29-30.
- (34) Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos, Buenos Aires, 1995, pág. 103.
- (35) www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm.
- (36) “Las ‘condiciones de vigencia’ de los tratados indican el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con las reservas respectivas, como el alcance interpretativo dado a las cláusulas del tratado internacional” en Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 593.
- (37) Buenos Aires, 1996, Astrea.
- (38) Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario..., cit., pág. 168 y sigs.
- (39) Gil Domínguez, Andrés, La Constitución Nacional y el aborto voluntario, LLBA, 1998-583; Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza, LL, 1998-F-552; Constitución, patria potestad y salud reproductiva en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LL, 2004-B-411 (donde se cita a sí mismo en su tesis. Sin embargo, en su tesis sólo se apoya en el trabajo de Vargas y Graham); El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial, LL, Sup.Penal 2005 (julio), 34.
- (40) Es preciso poner de relieve algunas imprecisiones más en los escritos de Gil Domínguez, que dan la sensación de una incertidumbre científica. Se advierte en el uso de las estadísticas respecto del aborto. El autor no indica fuentes y sus cifras oscilan unas veces entre los 500.000 y 1.000.000 abortos por año - amplitud estadística inaceptable por el margen estadístico que presenta-, y otras entre los 325.000 y 400.000 abortos por año -margen de amplitud esta vez menor, pero muy lejano a las otras cifras- (conf. respectivamente El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial y Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza). Del mismo modo es preciso señalar una distorsión en las citas de autores. Si el buen uso de una cita obliga a que refleje el pensamiento del autor citado, es sabido que deben ser cuidadas las extrapolaciones textuales. Hemos detectado, sin embargo, citas que no guardan esta regla. como. p. ej. las citas de Baigorria y Solari, Ekmekdjian, Sagüés, etc. en El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los hospitales públicos lo pueden practicar sin requerir autorización judicial. Lo que obliga al menos a una mínima prevención científica al tomar los escritos de Gil Domínguez como fuente de consulta.
- (41) Sesión 41 de la Comisión Internacional de Derecho (en adelante ILC), que tuvo lugar en Ginebra en 1993, accesible virtualmente en www.untreaty.un.org.
- (42) Sesión 47 de 1995 de la ILC.
- (43) Sesión 46, en 1994. de la ILC.
- (44) Para el libro en cuestión, como puede observarse, había mucho material disponible que hubiera excluido las conclusiones respectivas. Sería menester determinar las razones de la exclusión de los debates en el marco de la ONU sobre el particular. Sorprende la remisión con carácter normativo a los datos de las discusiones internas que datan de 1970. Lo mismo vale para la tesis doctoral del Dr. Andrés Gil Domínguez, quien en este punto se apoya sobre estas citas, ya en el año 2000, cuando el trabajo de la Comisión ya había precisado las definiciones y establecido los alcances reales de las declaraciones interpretativas y las reservas.
- (45) Según el formato que se decidió darle al trabajo sobre este tópico de la Comisión. La guía práctica fue aprobada en la Asamblea General por la resolución 50/45 del 11-12-95, junto con la designación del

Rapporteur.

(46) “1.2 Definition of interpretative declarations “Interpretative declaration” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or by an international organization whereby that State or that organization purports to specify or clarify the meaning or scope attributed by the declarant to a treaty or to certain of its provisions”.

(47) “Guide to Practice 1. Definitions 1.1 Definition of reservations ‘Reservation’ means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or an international organization when signing, ratifying, formally confirming, accepting, approving or acceding to a treaty or by a State when making a notification of succession to a treaty, whereby the State or organization purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State or to that international organization. 1.1.1 [1.1.4] 50 Object of reservations A reservation purports to exclude or modify the legal effect of certain provisions of a treaty or of the treaty as a whole with respect to certain specific aspects in their application to the State or to the international organization which formulates the reservation” (texto aprobado provisionalmente por la Comisión en 1998).

(48) “Defining a unilateral statement as a reservation or interpretative declaration is without prejudice to its permissibility and its effects under the rules relating to reservations” Fourth report on reservations to treaties. Texto votado por la Asamblea General en la reunión N° 55, llevada a cabo en Ginebra en 1999.

(49) “1.3 Distinction between reservations and interpretative declarations The character of a unilateral statement as a reservation or an interpretative declaration is determined by the legal effect it purports to produce”.

(50) En el Comentario a las “Draft-lines” de la Guía Práctica, publicadas en el Yearbook de 1999, pág. 335, se explica esta distinción: “While reservations ultimately modify, if not the text of the treaty, at least the legal effect of its provisions, interpretative declarations are in principle limited to clarifying the meaning and the scope that the author State or international organization attributes to the treaty or to certain of its provisions”.

(51) 1.2.1 [1.2.4] Conditional interpretative declarations “A unilateral statement formulated by a State or an international organization when signing, ratifying, formally confirming, accepting, approving or acceding to a treaty, or by a State when making a notification of succession to a treaty, whereby the State or international organization subjects its consent to be bound by the treaty to a specific interpretation of the treaty or of certain provisions thereof, shall constitute a conditional interpretative declaration”.

(52) “The object of this draft guideline is to indicate the method that should be employed to determine whether a unilateral statement is a reservation or an interpretative declaration. This question is of considerable importance when, in keeping with the definition of such instruments, all “nominalism” is excluded”, *ibídem*, págs. 388-9.

(53) Sesión 48, en 1996 de la ILC: “The report dealt with the issue of the unity or diversity of the legal regime of reservations to treaties, especially reservations to human right treaties. The Special Rapporteur concluded that despite the diversity of treaties, the Vienna regime on reservation is generally applicable” (de la síntesis analítica del tópico “Reservation on treaties”, accesible en www.untreaties.org/ilc).

(54) Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. III, pág. 421.

(55) Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario, *vida...*, cit., 2000, pág. 167.

(56) Bianchi, Alberto B., En contra del aborto : un genocidio cotidiano, silencioso y protegido, Buenos Aires, Ábaco, 1999.

(57) Barra, Rodolfo, La protección constitucional del Derecho a la Vida, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 61-2.

(58) *Ibídem*, pág. 59.

(59) Sagüés, Néstor, *Elementos...*, cit., pág. 323 y Padilla, Miguel M., *El Derecho a la vida...*, cit., s/d. “La enunciación de los derechos se inicia, naturalmente, con el de la vida, obvio soporte de todos los restantes”.

(60) Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario, *vida...*, cit., pág. 171 y sigs., con una ardua argumentación.

(61) Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2001, pág. 106.

(62) “Sin embargo, los miembros informantes del despacho de la mayoría utilizaron como términos sinónimos “embarazo” y “concepción” para referirse al inicio de la obligación del Congreso de proveer a la seguridad del niño (51) o derivaron de la interpretación armónica entre el art. 4° la Convención Americana de Derechos Humanos, la declaración unilateral de la República Argentina al aprobar la Convención de los Derechos del Niño y del art. 6° de esta Convención, el derecho a la vida del niño concebido”, Gelli, María Angélica, *El derecho a la vida ...*, cit., LL, 1996-A-1455.

(63) “Si a ello añadimos la jerarquía constitucional otorgada a los Tratados sobre Derechos Humanos -entre los que se encuentran los citados en el párrafo anterior- por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, podríamos afirmar que existe una razón más fuerte que antes de la reforma de 1994, para considerar que también en el derecho federal argentino se reconoce la existencia de la vida humana desde la concepción”, Gelli, María Angélica, *ibídem*.

(64) Barra, Rodolfo, *La protección constitucional del Derecho a la Vida*, cit., págs. 621-2, Bianchi, Alberto B., *En contra del aborto...*, cit.

(65) Bianchi, Alberto B., *El problema constitucional del aborto (Un genocidio cotidiano, silencioso y*

protegido, JA, 80° Aniversario, 1998-64.

© Copyright: El Derecho
