

DISCURSO ANTE LAS COMISIONES DEL SENADO SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE SE HA PRESENTADO PARA LEGALIZAR EL ABORTO (31-7-2018)

Alfonso Santiago¹

Presentación

Como abogado, doctor en Derecho por la UBA, profesor de Derecho Constitucional, miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos y Director de su Instituto de Derecho Constitucional, quiero expresar mi opinión acerca de los gravísimos vicios constitucionales que tiene el proyecto de legalización del aborto que está a consideración del Senado y quiero expresar mi parecer acerca de la necesidad de que el Congreso cumpla la manda constitucional que le impone el art. 75, inc. 23, y ponga en marcha el plan de seguridad social allí previsto para amparar tanto a la madre como a la persona por nacer que atraviesan situaciones de vulnerabilidad.

Considero que el proyecto de ley que se ha presentado para legalizar el aborto es gravemente inconstitucional, no puede ser aprobado por la Cámara de Senadores y debe ser rechazado.

Fundamento mi postura en los siguientes tres argumentos centrales:

1) El desconocimiento del principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana

Todo el sistema político y jurídico de una democracia constitucional se funda en el principio de la igualdad e inviolable dignidad de la persona humana². Cada una de

¹ Abogado y Doctor en Derecho (UBA), Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral, de la que ha sido Vicerrector Académico. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Director de su Instituto de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid. e-mail: asantiago@austral.edu.ar.

² Cfr. Santiago, A. (2010). *Las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons, Cap. IV.

ellas, incluidas las personas por nacer, son un fin en sí mismas; un sujeto, no un mero objeto; alguien, no meramente algo.

Esa dignidad es originariamente igual y común a todos los seres humanos. Una democracia no admite ciudadanos de segunda categoría, cuya dignidad se considere de un grado inferior a las del resto y cuyos derechos esenciales no merezcan igual protección que el resto de las personas. Nada hay más democrático y universal que este principio fundamental de la igual e inviolable dignidad de la persona humana que nos obliga a todos a su defensa teórica y práctica.

Esa dignidad y los Derechos Humanos fundamentales que de ella emanan son inviolables. La persona humana, también el niño por nacer, no puede ser utilizada como mero medio; no es jurídicamente legítimo disponer del niño por nacer como si fuera un mero objeto para cumplir la voluntad o los deseos de otra persona.

El proyecto de ley presentado desconoce abiertamente esta igual e inviolable dignidad de las personas humanas por nacer, al legitimar su eliminación y exterminio como modo de satisfacer una voluntad o deseo de otra persona, por apremiante que sea su situación existencial.

La dignidad de las personas como principio fundante del orden jurídico y político está reconocida en varias normas convencionales (art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). De ella se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribido que sean tratadas utilitariamente. A la luz de este principio resulta inadmisibles que la eliminación de una persona pueda ser admitida como modo de solucionar un problema que tenga otra persona, por más acuciante, angustiante y dramático que sea.

Al desconocer la dignidad de las personas por nacer, el proyecto de ley desconoce en cierta medida la dignidad de todas las personas humanas. Ya que el fundamento de esa dignidad no es el simple hecho de ser persona humana, sino que se requiere más condiciones para que no se avasallen sus derechos más fundamentales. La dignidad humana es universal, común a todas las personas, o no es dignidad humana, ya que deja de estar fundada únicamente en la realidad de ser persona humana, en los atributos que le son propios (cfr. Preámbulo de la CADH).

Este es el error más grave y profundo del proyecto de ley: el desconocer la igual e inviolable dignidad de las personas por nacer a pesar de los fundamentos

antropológicos, médicos, jurídicos y normativos que reconocen y fundan esa dignidad. Si se sanciona este proyecto de ley, las personas por nacer pasarán a ser personas de segunda categoría, lo que devalúa por completo el mismo concepto de persona humana y el de su eminente dignidad.

Resulta absolutamente contradictorio el expreso reconocimiento de la existencia de una persona humana desde el momento mismo de la concepción, como se realiza en nuestra Constitución y recientemente en el Código Civil, con cualquier decisión legislativa que autorice su eliminación intencional y directa.

La pretendida doctrina de la “personificación progresiva” que algunos han sostenido aquí es incompatible con la letra de nuestra Carta Magna y con nuestro *ethos* constitucional. “Todo ser humano es persona”, afirma con claridad y contundencia el art. 1º, 2., de la CADH.

Al fundar la incorporación del art. 33 de la CN sobre los derechos implícitos, entre los que sin lugar a dudas figura el derecho a la vida, señalaba Domingo Faustino Sarmiento: “Los Derechos Naturales son superiores a la ley ordinaria y también superiores a la Constitución. Más todavía: superiores a la soberanía popular”. Es la defensa de estos principios fundantes de nuestro sistema político y jurídico la que tiene encomendada en estos momentos este Senado de la Nación, como instancia última y definitiva en el debate de este proyecto de ley.

Algunos de quienes nos horrorizamos de los campos de exterminio de Auschwitz, de quienes condenamos con todas nuestras fuerzas el terrorismo de Estado, estamos profundamente alarmados por este proyecto de ley que autoriza la muerte de seres inocentes e indefensos y pretende poner el aparato estatal al servicio de tan detestable y cruel objetivo. Tenemos que reaccionar con energía y decisión, desde los valores de nuestra conciencia ética y constitucional, para rechazar semejante propósito, sin que consideraciones emocionales, de conveniencia o de cálculo político nos impidan ver la realidad jurídica que tenemos por delante.

Estamos frente a una de las pocas cuestiones en que el valor absoluto y central de la dignidad de la persona humana nos impide cualquier modo de negociación, con concesiones recíprocas, como es propio de la actividad política. La igual e inviolable dignidad de la persona humana, base de nuestro sistema político y constitucional, no es negociable en casos como este.

2) *La pulverización del derecho a la vida de las personas por nacer*

El derecho a la vida de las personas por nacer es uno de los derechos más clara y enfáticamente protegido por el texto constitucional y en la propia jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, que de acuerdo al art. 75, inc. 22, tiene jerarquía constitucional, señala en su art. 6º: “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”. A la vez, la declaración interpretativa realizada por nuestro país por medio de la Ley N° 25.043, y a la que el Constituyente de 1994 le otorgó jerarquía constitucional, señala que niño “es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. De la simple lectura e interpretación de ambos preceptos constitucionales surge que los poderes públicos deben proteger la vida de las personas por nacer “en la máxima medida posible”.

Nuestro sistema constitucional y legal reconoce la existencia de la persona humana, su dignidad y su derecho intrínseco a la vida desde el momento mismo de la concepción. Esta clara e imperativa definición constitucional no puede ser desconocida, soslayada ni violada por ninguna ley o norma emanada de los poderes constituidos.

En varias sentencias de la Corte Suprema se puede leer la siguiente afirmación de claro contenido personalista: “El tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (*Fallos*: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (*Fallos*: 316:479, votos concurrentes)”.

Señala con toda claridad el art. 28 de la CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Esta cláusula impone a este Congreso la obligación constitucional de proteger el contenido esencial de los derechos constitucionales, muy particularmente del derecho a la vida de las personas por nacer, en cada una de las leyes que dicte. De este modo, los derechos constitucionales se convierten en vallas siempre infranqueables para el logro de cualquier objetivo personal, comunitario o estatal, de

cualquier política pública. Nunca jamás es jurídicamente válido en nuestro Derecho aniquilar, pulverizar o exterminar el derecho a la vida de las personas por nacer para conseguir cualquier objetivo por loable o urgente que sea. Esto es el contenido concreto que tiene el reconocimiento de un derecho como constitucional. Violar este principio es hacer desaparecer el carácter de constitucional de cualquier derecho, alterar, en contra de lo prescripto por el art. 28 de la CN, el contenido esencial de los derechos que ella ha establecido con todo fundamento y justicia.

Ninguna pretendida ponderación jurídica puede hacer desaparecer o aniquilar el contenido esencial del derecho a la vida de las personas por nacer; como señalan con claridad el art. 19.2 de la Constitución alemana: “[...] en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, y el art. 53.1 de la Constitución española: “[...] sólo la ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades”. Este contenido esencial, este núcleo duro del Derecho, es un límite infranqueable a cualquier ejercicio de ponderación.

El art. 29 de la CN, tal vez el más argentino de los artículos de la CN, señala con particular énfasis que el Congreso no puede adoptar ninguna decisión mediante la cual “la vida, el honor o las fortunas de los argentinos” puede quedar “a merced de gobiernos o persona alguna”. Ninguna autoridad pública, ninguna persona puede disponer de la vida de otro argentino. Lo propuesto en este proyecto de ley deja la vida de las personas por nacer a merced de la voluntad de la madre y de los médicos, desconociendo gravemente la manda constitucional que a este Honorable Congreso establece el art. 29 de nuestra Carta Magna.

A la luz de la protección que la Constitución otorga al derecho a la vida de las personas por nacer, la autorización para eliminarla o exterminarla entra en lo que Ferrajoli ha dado a conocer como la “esfera de lo indecible” por los poderes públicos.

El reconocimiento del supuesto derecho a eliminar a una persona humana utilizando los servicios médicos públicos y privados y la privación de la posibilidad de acceder a los tribunales de justicia para proteger su derecho a la existencia, configura una grosera violación del derecho a la vida, su pulverización, su desprecio y menosprecio, como nunca antes había ocurrido en la historia jurídica de nuestro país. Legítima un puro acto de fuerza y brutalidad sin ningún fundamento jurídico alguno.

Frente a lo que algunos han afirmado aquí, corresponde recordar que sí existen en nuestro ordenamiento jurídico derechos que son absolutos. Nunca es jurídicamente

válida la esclavitud, ni la tortura, ni la desaparición forzada de personas. Nunca es jurídicamente aceptable matar a un ser inocente. Como bien señala con carácter absoluto el art. 4º de la CADH, “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El proyecto de ley contradice grosera y abiertamente el texto constitucional y el espíritu humanista que lo inspira. Parafraseando a Dworkin³, nunca antes se habían tomado los derechos de las personas humanas con tanta falta de seriedad.

El proyecto de ley contraría abiertamente el principio *pro homine* y “el interés superior del niño”, que tienen jerarquía constitucional para establecer un principio inhumano que legitima el ejercicio de la violencia sobre un ser humano inocente e indefenso hasta provocarle la muerte y privarlo de su existencia, desconociendo su intrínseca dignidad y denigrando a quienes lo realizan, autorizan o consienten.

La dura y oscura realidad que rodea la problemática humana de un embarazo no deseado no debe cegar nunca la claridad con que el Derecho debe afirmar y proteger el don que siempre significa ser una persona y una vida humana. Julián Marías ha señalado que la mayor atrocidad del siglo XX ha sido la permisón y legitimación del aborto⁴, más grave aún que el nazismo y las dos guerras mundiales, por el número de víctimas y por el oscurecimiento de la conciencia moral que lleva implícito. Estamos en presencia de lo que un destacado constitucionalista argentino ha señalado como “ceguera axiológica” o “ceguera constitucional”, enfermedad de la que tiene que estar a salvo este honorable Senado de la Nación.

Si alguna interpretación sesgada de las normas convencionales, no su texto, llevare a la relativización del derecho a la vida, debería primar por el principio *pro homine* la protección constitucional que se brinda a las personas por nacer.

3) *La indefensión de un grupo vulnerable cuya particular protección se encomienda expresamente a los poderes constituidos en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23)*

Los tribunales nacionales e internacionales han prestado una particular atención en su labor jurisprudencial a la protección de los derechos de los denominados “grupos

³ Cfr. Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel.

⁴ “La aceptación social del aborto es, sin excepción, lo más grave que ha acontecido en este siglo que se va acercando a su final”, Marías, J. (1997). *Sobre el cristianismo*. Barcelona. Planeta, 108.

vulnerables”, entre los que se encuentran las personas en situaciones de pobreza extrema, los enfermos y discapacitados, los niños, las mujeres, los indígenas, etc.

La reforma constitucional de 1994 identificó esos grupos sociales más vulnerables y encomendó a los poderes constituidos una atención particular para proteger sus derechos. En este sentido, el art. 75, inc. 23, de la CN establece entre las atribuciones del Congreso las siguientes:

“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los *niños*, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

El Constituyente ha identificado algunos grupos más vulnerables cuyos derechos ordena atender de modo particular, mediante medidas de acción positiva que deben adoptar los poderes constituidos. Entre estos grupos vulnerables aparecen mencionadas en dos oportunidades las personas por nacer. La primera, formando parte del grupo de los niños y la segunda, ya con una referencia expresa y específica, en el segundo párrafo del art. 75, inc. 23.

Es muy lógica, fundada y adecuada la identificación de las personas por nacer como un grupo vulnerable, ya que su estado de debilidad e indefensión requiere de las personas, grupos sociales y autoridades públicas una particular atención y consideración. Tienen necesidades perentorias y no se encuentran en condiciones de proteger por sí mismos sus derechos. Su situación fáctica de desprotección y desigualdad respecto del resto de las personas humanas fundamenta esa especial atención y consideración.

Pareciera que el proyecto de ley que estamos criticando considera a las personas por nacer como un grupo que merece una menor protección de sus Derechos Humanos, que no son plenamente iguales a las demás personas ni requieren una particular atención para tutelar sus derechos. A un adulto no se lo puede privar de su vida, ni eliminarlo, por mala que haya sido situación, con las graves incomodidades que su existencia pueda provocar en los demás. Para privarlo de su libertad, de su propiedad o precisar el alcance de sus derechos, es necesario acudir a los tribunales del Poder Judicial. Ninguno

de estos derechos se reconoce en este proyecto de ley a las personas por nacer en los supuestos de violación.

Las personas por nacer son una minoría que requiere de una especial protección legislativa y judicial frente a los posibles abusos y violencia de las mayorías adultas. Este proyecto de ley no sólo no los protege, sino que consagra un procedimiento que permite su eliminación sin que sea posible acudir a los tribunales.

Señores Senadores, les solicito que se hagan cargo de la manda constitucional que les señala que tienen que asegurar la supervivencia de las niñas y niños por nacer “en la máxima medida posible”.

Conclusión

Sobre la base de las razones expuestas, consideramos fundada la tesis de que estamos ante uno de los peores proyectos de ley presentados a debate en el Congreso Nacional, sino el peor de todos ellos, a lo largo de toda nuestra historia.

La desconsideración hacia la dignidad de toda persona humana, la falta de protección del derecho a la vida de las personas por nacer, la negación de su derecho de acceso a la justicia y la desatención del grupo tal vez más vulnerable de la sociedad son gravísimos vicios constitucionales presentes en el proyecto de ley propuesto y que exigen su completo rechazo.

Por el contrario, se hace imperativo la sanción de la ley prevista como manda constitucional en el art. 75, inc. 23, en protección tanto de la vida de la madre como de la persona por nacer.

Señores Senadores, ustedes representan a las provincias de nuestra querida patria. Son conscientes de que en la gran mayoría de ellas, el parecer generalizado de la población es favorable a la protección de las dos vidas y contrario a este proyecto de ley. Los textos de las Constituciones provinciales que expresamente protegen la vida desde la concepción son un claro reflejo y testimonio de lo afirmado. Por los valores de los ciudadanos y estados que ustedes representan, por los principios y derechos constitucionales que están llamados a custodiar, rechacen este proyecto de ley e inicien otro más acorde al *ethos* personalista de nuestra Carta Magna. No permitan que los servicios médicos públicos y privados de sus provincias se conviertan en mecanismos de exterminio de seres humanos inocentes y máximamente vulnerables. Tienen ante ustedes la última decisión en un proyecto que claramente nos define como comunidad

política y como Nación, con claras repercusiones en todo nuestro país y en la región. Defiendan la Vida de las niñas y niños por nacer, defiendan la Constitución, rechacen con valentía este proyecto de ley.