

Argentina

La protección del derecho a la vida en la República Argentina – Garantía de vigencia de todo el sistema de derechos humanos

M. Laura Farfán Bertrán¹

I. Introducción

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...

Declaración Universal de Derechos Humanos.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo en sus dos primeros artículos los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Se trataba de un momento histórico impregnado de una profunda sensibilidad ante las injusticias sufridas tras la Segunda Guerra Mundial, y de una creciente conciencia de la necesidad de garantizar a las generaciones futuras, un mínimo respeto de aquellos derechos considerados esenciales, que encontraban sustento en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana.

En efecto, la dignidad del hombre constituyó el pilar esencial de la Declaración, y fundamento último del reconocimiento de todo derecho humano. No se trataba de *otorgar* derechos a partir del consenso de las Naciones, sino de *reconocer* derechos anteriores y preexistentes que le son debidos a todo hombre por su calidad de tal.

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Miembro fundador del Instituto de Ética y Derecho y presidente del mismo en 2009 y 2010 (Argentina).

El derecho a la vida fue reconocido por la Declaración, junto con el derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 3). Pero de nada servía enunciar una larga lista de derechos considerados esenciales, si no se partía del reconocimiento irrestricto de la igualdad de todos los hombres, reconocimiento que asegurara el goce de todos los derechos a todas las personas sin discriminación alguna (artículos 1 y 2).

Por ello, recae sobre los Estados el deber de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación y, en particular, el derecho humano a la vida, en tanto derecho preeminente sin el cual no puede existir ningún otro derecho. No se trata de un deber impuesto arbitrariamente, sino del reconocimiento de la misión esencial y primaria de todo Estado, que es, el respeto y promoción del hombre, garantizando la satisfacción de sus necesidades básicas.

El presente artículo analiza el marco normativo del derecho a la vida en la República Argentina, reflejando la importancia que tiene su reconocimiento y respeto sin discriminación; no sólo por su carácter esencial y naturaleza trascendente, sino principalmente porque de la garantía de su goce y ejercicio, dependerá la vigencia de la libertad personal de todos los hombres y mujeres que hoy viven en un Estado democrático de derecho.

II. El derecho humano a la vida

A. Organización política y legal de la República Argentina como Estado democrático de derecho.

Un Estado democrático de derecho es aquel Estado que subordina el ejercicio de su poder a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente, garantizando a sus habitantes un ambiente de respeto absoluto a la ley y de garantía de cumplimiento de los derechos reconocidos.

Se trata de un Estado garante de la persona humana, que consagra y respeta aquellos derechos considerados esenciales que se fundan en la dignidad del hombre.

En este contexto, y teniendo al hombre como fundamento y fin de su organización política y legal, el Estado Argentino ha adoptado para su gobierno la forma representativa republicana federal.² Esto es, ha consagrado una *forma de estado federal*, caracterizada por la descentralización territorial del poder y por la existencia de regiones relativamente autónomas –denominadas provincias– que

2 Conforme lo dispone el artículo 1° de la Constitución Nacional.

ceden parte de sus competencias al gobierno federal;³ y una *forma republicana de gobierno*, que reconoce el poder en el pueblo que gobierna a través de sus representantes y autoridades.⁴

Asimismo, ha reconocido a su Constitución Nacional como ley suprema del Estado, debiendo adecuarse a ella toda legislación o disposición de carácter infraconstitucional.⁵

Sin embargo, en el año 1994 tuvo lugar una reforma que confirió a algunos tratados internacionales de derechos humanos una jerarquía equivalente a la Carta Fundamental, modificando el concepto de supremacía, y dando origen al denominado *bloque de constitucionalidad federal*.⁶ En efecto, la Constitución enuncia en su nuevo artículo 75 inc. 22 aquellos tratados que le quedaron equiparados en jerarquía:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Declaración Universal de Derechos Humanos;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos;

3 El artículo 121 de la Constitución Nacional dispone que las provincias conservan todo el poder no delegado en el gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación. Entre las facultades reservadas se encuentra el derecho de dictar su propia Constitución que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria (artículo 5 CN). Por su parte, entre los poderes conferidos al gobierno federal, se encuentra la facultad del Congreso de la Nación de dictar la legislación de fondo, esto es, los códigos Civil, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social (artículo 75 inc.12 CN).

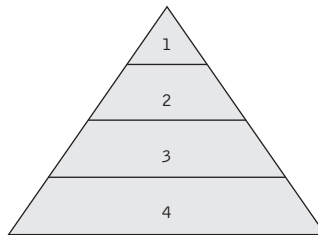
4 Conforme artículo 22 de la Constitución Nacional. La forma republicana de gobierno también se caracteriza por la división de poderes, la responsabilidad de los funcionarios públicos, la transitoriedad en el ejercicio de la función pública, la publicidad de los actos de gobierno, la elección popular de los gobernantes, y la igualdad ante la ley.

5 El artículo 31 CN dispone que la “Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. A pesar de que una interpretación literal del artículo pareciera inferir que tanto la Constitución como las leyes nacionales y los tratados internacionales se encuentran a un mismo nivel, ha sido coincidente la interpretación doctrinaria y judicial que establece que la Constitución Nacional se encuentra en la cúspide de la pirámide legislativa, encontrándose luego los tratados internacionales, y finalmente la legislación nacional.

6 Germán J. BIDART CAMPOS, Compendio de Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 25.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;
- Convención sobre los Derechos del Niño.

De aquí que, se puede conformar la pirámide legislativa argentina reconociendo como ley suprema a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos que, en las condiciones de su vigencia, gozan de idéntica jerarquía;⁷ luego aquellos tratados internacionales concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales, como asimismo los concordatos celebrados con la Santa Sede que hayan sido aprobados por el Congreso;⁸ en un orden inferior se encuentran ubicadas las leyes nacionales, y por debajo de estas las normas provinciales, según el orden que dicte cada provincia.



7 El Congreso Nacional tiene la facultad otorgar jerarquía constitucional a otros tratados internacionales de derechos humanos no enunciados en el artículo 75 inc. 22, mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada cámara (artículo 75 inc. 22 ultima parte). En este sentido, la ley 25.778 sancionada por el Congreso en agosto de 2003, otorgó jerarquía constitucional a la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* (la cual fuera adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968).

8 Conforme el artículo 75 inc. 22 CN los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

- 1) Constitución Nacional; tratados internacionales de derechos humanos enunciados en el artículo 75 inc. 22 CN; y demás tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional otorgada por el Congreso.
- 2) Tratados internacionales y concordatos celebrados con la Santa Sede.
- 3) Leyes nacionales.
- 4) Leyes provinciales.

Resulta esencial conocer la jerarquía normativa de un Estado de derecho, para poder distinguir aquellos valores sobre los cuales éste se funda y construye. Así, sólo un Estado que reconoce y promueve los derechos fundamentales e inalienables del hombre como fin supremo, resulta garantía suficiente de que el resto de los derechos reconocidos serán igualmente respetados.

B. El derecho humano a la vida en la legislación nacional y en los tratados internacionales

El derecho humano a la vida es el derecho fundamental por excelencia, aunque una precisión terminológica obligue a hablar del “derecho a la inviolabilidad de la vida” humana.⁹

Se trata en primer lugar, de un derecho cuyo fundamento se encuentra en la existencia misma de todo ser humano, y que por tanto debe ser protegido durante todo el tiempo que subsista dicha existencia, esto es, desde la concepción hasta la muerte.¹⁰

En segundo lugar, se trata de un derecho que no admite grados: se posee o no se posee, y es por ello que no puede haber excepciones al reconocimiento del mismo.

Finalmente, el derecho a la inviolabilidad de la vida goza de cierta preeminencia frente al resto de los derechos humanos básicos. Esto es así ya que sin vida no puede haber reconocimiento de derecho alguno, o bien, una vez violado

9 Carlos I. MASSINI CORREAS, *El derecho a la vida como derecho humano*, ED, 1998, Tomo 175, p. 803.

10 La concepción comienza, desde un punto de vista biológico, con la unión del óvulo y el espermatozoide, en lo que se denomina etapa de fertilización. La unión de estas dos gametas da origen a un nuevo ser que ha recibido la carga genética materna y paterna. Conforme Ricardo Leopoldo SCHWARCZ, Carlos Alberto DUVERGES, Angel Gonzalo DIAZ, y Ricardo Horacio FESCINA, *Obstetricia*, Ed. El Ateneo, 5ta edición, 2001, p. 9; William F. GANONG, *Fisiología médica*, Ed. El Manual Moderno, 20ª edición, 2006, p. 388.

el derecho a la vida, se violan asimismo todos los demás derechos humanos.¹¹

B.1 Protección del derecho a la vida en la Constitución Nacional:

• Antes de la reforma de 1994

En su redacción anterior a la reforma de 1994, la Constitución Argentina no consagró entre sus disposiciones una norma que reconociera expresamente el derecho a la vida.

Sin perjuicio de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que el derecho a la vida es el primer derecho natural garantizado por la Constitución, encontrándose implícito en el artículo 33, donde se consagran los derechos no enumerados,¹² como asimismo en el artículo 29 que expresamente dispone que no se pueden otorgar facultades extraordinarias, sumisiones o supremacías por las que “la vida” de los argentinos quede a merced de gobierno o persona alguna.¹³

En este sentido, se resaltan los siguientes fallos jurisprudenciales:

11 Carlos I. MASSINI CORREAS, *El derecho a la vida como derecho humano*, ED, 1998, Tomo 175, p. 802–815.

12 El artículo 33 de la Constitución dispone que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

13 El artículo 29 en su primera parte dispone que “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”.

<p>Año 1980</p> <p>Corte Suprema de Justicia de la Nación.</p> <p>“Saguir y Dib, Claudia Graciela”.¹⁴</p>	<p>En ocasión de expedirse acerca de la autorización judicial solicitada por los padres de un menor para la práctica de transplante de órganos, la Corte expresamente manifestó que “es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”.</p>
<p>Año 1989</p> <p>Corte Suprema de Justicia de la Nación</p> <p>“Amante, Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otro”.¹⁵</p>	<p>La Corte reiteró que la vida es un derecho esencial y preexistente a todo ordenamiento jurídico, en ocasión de expedirse acerca de la muerte de quien, habiendo concurrido a una clínica de propiedad de la obra social demandada, le fuera denegada la atención solicitada por haber olvidado el carnet correspondiente, lo que motivó la demora en la atención e hizo que el afiliado falleciera debido a un infarto.</p> <p>La Corte expresamente manifestó que “en la medida en que por encontrarse comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona –preexistentes a todo ordenamiento positivo–, no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resultan incompatibles con el recto ejercicio de la medicina”.</p>
<p>Año 1991</p> <p>Juzgado en lo Criminal Nro. 3 de Mar del Plata</p> <p>“Navas, Leandro J. c. Instituto de Obra Médico Asistencia”.¹⁶</p>	<p>El tribunal sostuvo en el considerando 9 que “el derecho a la salud, es un corolario del derecho a la vida y se halla reconocido implícitamente dentro de los derechos y garantías innominados del artículo 33 de la Constitución Nacional. Ello significa que toda violación al mismo queda descalificado como inconstitucional [...] Por otra parte el derecho a la vida, y su corolario el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez una directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos denominados humanos amparados”.</p>

14 Cita Fallos Corte, 302:1284, Considerando 8.

15 Cita Fallos Corte: 312: 1953

16 La Ley 1991-D, p. 79.

17 Cita Fallos Corte, 325: 292, votos concurrentes.

<p>Año 2002</p> <p>Corte Suprema de Justicia de la Nación.</p> <p>“Portal de Belén– Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S”.¹⁷</p>	<p>Si bien este fallo es posterior a la reforma constitucional de 1994, es de particular importancia su mención, ya que en él se puede observar cómo el más alto tribunal continúa con su línea argumental, al manifestar 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”.</p>
---	--

Asimismo, la doctrina nacional ha reconocido, de igual modo, la protección constitucional del derecho a la vida:

18 Jurista y pensador argentino (9 diciembre 1927 – 3 septiembre 2004), abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires (UBA) en 1949 y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la misma casa de estudios. Fue asesor de la Convención Nacional Constituyente de 1994 encargada de la reforma de la Constitución Argentina. Fue reconocido internacionalmente y nombrado: Doctor Honoris Causa por la Universidad de San Martín de Porres de Lima (Perú 1986), Profesor Distinguido por la Universidad Nacional Autónoma de México (México DF 1987), Profesor Honorario otorgado por la Universidad Mayor de San Marcos de Lima (Perú), Profesor Honorario de la Universidad de ICA (Perú), Profesor Honorario de la Universidad de Arequipa (Perú). Miembro de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (UCA) entre los años 1962 y 1967, vicerector Académico de la UCA entre 1986 y 1990 y profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Político en la Universidad de Buenos Aires. Ciudadano Ilustre de la Ciudad de Buenos Aires (2003).

19 Germán BIDART CAMPOS, Tratado elemental de Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1991, T.III, p. 177.

20 Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Fue presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (2005–2007).

21 Nestor Pedro SAGÜES, Elementos de derecho constitucional, 3ra edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, T. I, p. 164.

Germán Bidart Campos ¹⁸	Sostiene que: “La Constitución Argentina no contiene una norma expresa sobre el derecho a la vida, pero nadie duda –y mucho menos si se computa la jurisprudencia de la Corte Suprema– que está incluido entre los derechos implícitos o no enumerados del artículo 33”. ¹⁹
Nestor Pedro Sagüés ²⁰	Sostiene que “el artículo 33, al enunciar que existen derechos tácitos (o no enumerados), además de los expresos mencionados en el texto constitucional, está refiriéndose (según la voluntad de los constituyentes de 1860) a los derechos naturales de los hombres [entre ellos el derecho a la vida], pueblos y sociedades, previos a cualquier constitución positiva, y que ninguna de éstas podría desconocer”. ²¹

• **Después de la reforma de 1994**

Sin perjuicio de la correcta interpretación, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han realizado al reconocer el derecho a la vida como implícitamente consagrado en los preceptos constitucionales, la reforma constitucional de 1994 vino a despejar toda duda al incorporar diversos tratados internacionales –con jerarquía constitucional– que expresamente se refieren al mismo.

Se resaltan los siguientes:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	Sostiene en su artículo 1 que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a las seguridad de su persona”.
Declaración Universal de Derechos Humanos	Establece en su artículo 3 que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.	Prescribe en su artículo 1.2 que “Todo ser humano es persona”, y en su artículo 4 que “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. 2. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	Dispone en su artículo 6 que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

22 Dichas condiciones de vigencia, según los constituyentes, conforman la medida en la que

el Estado Argentino ha otorgado su consentimiento. Es decir, sólo en los términos de la ley que los aprueba y de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para el Estado Argentino. Conforme Rodolfo C. BARRA, constituyente de la reforma constitucional de 1994, citado por Alberto B. BIANCHI en Una reflexión sobre el llamado “control de convencionalidad”, *La Ley*, 2010-E, p. 426.

23 Un ejemplo claro de este deber del Estado se ve concretado en la asignación por embarazo creada por Resolución 235/2011 de la Administración Nacional de la Seguridad Social. Por medio de esta asignación se otorga una ayuda económica a aquellas mujeres que se encuentran desocupadas, sin cobertura de obra social, y cursando la decimosegunda semana de gestación, hasta el nacimiento del niño.

<p>Convención sobre los Derechos del Niño.</p> <p>Ley 23.849</p>	<p>Refiere en su artículo 1 que es niño “Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”; en su artículo 2.1 dispone que “Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” Por su parte, en el artículo 6 dispone que “1. Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.</p> <p>Es importante resaltar que, mediante la sanción de la ley 23.849, la Argentina aprobó la Convención y emitió una declaración interpretativa en la cual afirma que “se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. Esta declaración interpretativa goza asimismo de jerarquía constitucional, atento a que el artículo 75 inc. 22 de la Constitución otorgó dicho carácter a los tratados allí enumerados, “en las condiciones de su vigencia”.²²</p>
--	--

La reforma constitucional también modificó el texto de algunos artículos que se refieren a la protección del derecho a la vida. Así, el nuevo artículo 75 en su inciso 23, implícitamente reconoce que el derecho a la vida comienza desde la concepción del ser humano en el seno materno, al disponer como facultad del Congreso el dictar un régimen de seguridad social especial e integral de protección del niño en situación de desamparo que se proyecta *desde el embarazo*. Es decir, expresamente se establece el deber del Estado de proteger la vida del niño que está por nacer.²³

24 Artículo 15 y 22 de la Constitución de San Juan; artículo 19 de la Constitución de Jujuy, artículo 19 de la Constitución de La Rioja, artículo 8 de la Constitución de Mendoza y artículo 16 de la Constitución de Río Negro.

25 Artículo 10 de la Constitución de Salta; artículo 40 de la Constitución de Tucumán; artículo 5 de la Constitución de Formosa; artículo 14 inc.1 de la Constitución de Tierra del Fuego; artículo 18 inc.1 de la Constitución de Chubut, artículo 65, III, 1 de la Constitución de Catamarca; artículo 15, 1 de la Constitución de Chaco; artículo 13 de la Constitución de San Luis; artículo 16, 1 de la Constitución de Santiago del Estero; artículo 16 de la Constitución de Entre Ríos.

B.2 Protección del derecho a la vida en las Constituciones provinciales y en la legislación infraconstitucional:

Tanto el Código Civil argentino como algunas Constituciones provinciales han hecho un reconocimiento expreso del derecho a la vida a través de distintas disposiciones.

<p>Las Constituciones de: San Juan de 1996, Jujuy de 1986, La Rioja de 1986, Mendoza de 1916, Río Negro de 1988.</p>	<p>Han consagrado el derecho de los habitantes de defender su vida y el deber del Estado de protegerla.²⁴</p>
<p>Las Constituciones de: Córdoba de 1987, Salta de 1998, Tucumán de 2006, Formosa de 2003, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur de 1991, Chubut de 1994, Catamarca de 1966, Chaco de 1957, San Luis de 1962, Santiago del Estero de 2005, Entre Ríos de 2008.</p>	<p>Expresamente manifestaron que el comienzo de la vida se sitúa en el momento de la concepción.²⁵</p> <p>Así por ejemplo, el artículo 4 de la Constitución de la provincia de Córdoba expresa que “la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables”.</p>

26 Cita Fallos Corte, 330:2304

27 El 24 de marzo de 1976 tuvo lugar la detención de la entonces presidente argentina Isabel Perón, asumiendo el poder la Junta de Comandantes integrada por el Teniente Gral. Jorge Rafael Videla, el Almirante Eduardo Emilio Massera y el Brigadier Gral. Orlando R. Agosti. Comenzó de este modo el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” que se extendió hasta el 10 de diciembre de 1983.

28 En los artículos mencionados, el Código Civil reconoce la existencia de persona, y por tanto

Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1994.	Encontramos una protección extendida ya que en su artículo 12 inc. 1 dispone que todas las personas gozan del derecho a la vida “desde la concepción hasta la muerte natural”.
Código Civil	En su artículo 63 establece que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, destacando el codificador en la nota a dicho artículo, que no se trata de personas futuras pues ya existen en el vientre de la madre. El artículo 70, por su parte, dispone que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.

Se puede concluir, luego de haber repasado brevemente las disposiciones que en la legislación nacional e internacional tratan sobre el derecho a la vida, que en el ordenamiento jurídico argentino la protección de la vida humana no sólo se encuentra expresamente consagrada, sino que su respeto ha sido el objetivo primario y esencial tenido en mira por la Constitución.

Incluso con anterioridad a la firma y ratificación de tratados internacionales, la Argentina ya era garante del derecho a la vida, reconociéndolo como el primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva.

C. Un acierto de la Corte, con matices cuestionables

Sánchez Elvira Berta C/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación²⁶

Durante el transcurso del último estado de sitio, vivido por la Argentina

de sujeto de derechos, desde la concepción. Sin embargo, en cuanto a los derechos que el nasciturus pudiera llegar a adquirir, dispone que los mismos quedan irrevocablemente adquiridos si éste naciera con vida. Es decir, la transmisión de derechos a sucesores queda subordinada a la previa adquisición de tales derechos en cabeza del niño que naciera con vida.

29 Derecho que ya fuera expresamente reconocido por la Corte en el año 2002, en el fallo “Portal de Belén–Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S.”, Cita Fallos Corte, 325: 292.

30 Dictamen del Señor Procurador subrogante Dr. Ricardo O. Bausset.

tras el golpe de estado de 1976, numerosas fueron las víctimas que sufrieron la muerte o desaparición forzada y arbitraria privación de la libertad por parte de las fuerzas de seguridad. A consecuencia de ello, el Estado argentino acordó por ley 24.411, el pago de una indemnización a quienes resultaron víctimas de tales delitos con anterioridad al 10 de diciembre de 1983.²⁷

En este contexto, la Sra. Elvira Berta Sánchez inició el trámite ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a fin de que se le concediera la indemnización dispuesta por ley, dado que su hija, Ana María del Carmen Pérez, víctima de homicidio por parte de las fuerzas de seguridad, al momento de su muerte se encontraba cursando su último mes de embarazo.

Si bien el Ministerio de Justicia le concedió el beneficio en relación a su carácter de madre de la fallecida, se lo rechazó respecto a su carácter de abuela del niño por nacer. Entendió que el niño no nacido no llegó a tener existencia visible conforme lo disponen los artículos 54 inc.1, 63, 70 y 74 del Código Civil, razón por la cual no adquirió derechos que pudieran ser transmitidos a favor de sus sucesores.²⁸

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –órgano de segunda instancia– también rechazó el pedido en base a análogos argumentos, razón por la cual, en mayo de 2007 el pedido llegó ante la Corte.

El máximo tribunal –a diferencia de lo resuelto por los órganos de las instancias inferiores– reconoció el derecho de la Sra. Elvira Sánchez haciendo lugar al pedido de indemnización, entendiendo que la acción prevista por la ley 24.411 no constituía una acción hereditaria. La Sra. Elvira Sánchez no estaba heredando un derecho del nieto cuya adquisición irrevocable sí estaba subordinada a su nacimiento con vida, sino que, por el contrario, la ley 24.411 reconocía un derecho propio que nacía en cabeza de la abuela. Es por ello que la Sra. Elvira Sánchez resultaba titular por derecho propio –no heredado– a la indemnización por el fallecimiento de su nieto.

Algunos aspectos positivos:

- Es dable resaltar como un gran acierto del máximo tribunal, el reconocimiento indiscutido de la existencia de un ser humano individual desde el momento de la concepción. En ninguna de las instancias fue

31 Ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay.

32 Considerando 10.

33 Jorge J. LLAMBIAS, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Decimoctava Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, T. I, p. 221.

objeto de discusión el derecho a la vida de la persona por nacer,²⁹ sino que el debate se centró en la existencia o inexistencia de título por el cual la abuela pudiera solicitar la indemnización legal.

- Expresamente se manifestó 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, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”.³⁰
- Discutir sobre la legitimación –sea hereditaria o por derecho propio– de quien pretende ser indemnizado por el fallecimiento de una persona con quien tiene vínculo de parentesco, presupone reconocer previamente la existencia de dicha persona que ha perdido la vida.
- La Corte reconoció en el presente caso la existencia de la persona por nacer, y otorgó por tanto la indemnización prevista por ley en consideración a la muerte ocasionada, sin hacer distinción alguna entre nacidos y no nacidos.

Un aspecto negativo:

- Así como se resalta el acierto de la Corte al reconocer expresamente la existencia de vida en el seno materno desde la concepción, se debe cuestionar la mención que el voto suscripto por la mayoría hizo a la teoría de la “personalidad”.³¹
- Los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay sostuvieron que la personalidad “no es una cualidad natural, algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica.”³² Es decir, según esta

Jorge J. Llambías es uno de los juristas de mayor influencia en el República Argentina, particularmente en materia de derecho civil. Ha escrito numerosos libros entre los que se pueden destacar: Tratado de derecho civil; Código Civil Anotado; Estudios de la Reforma al Código Civil Ley 17.711; Estudio sobre la mora en las obligaciones; Efectos de la nulidad y de la anulación de los Actos Jurídicos; Manual de Obligaciones. También es autor de numerosos artículos publicados en revistas jurídicas nacionales.

34 Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

35 Ricardo NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, ed. Lerner, Córdoba–Buenos Aires, 1977, T. III, p. 161.

36 Idem, p. 160.

37 El artículo 70 del Código Civil expresamente dispone que la vida de las personas comienza

concepción de la personalidad, la persona como sujeto de derechos y obligaciones es una construcción meramente jurídica y no un reconocimiento que se desprende de la naturaleza humana.

- Una consideración de este tipo desconoce el derecho a la personalidad como derecho humano, expresamente reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). En efecto, la Convención Americana expresamente dispone en su artículo 1.2 que “todo ser humano es persona”, y en su artículo 3 que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.
- En el mismo sentido uno de los máximos tratadistas del derecho civil en la Argentina, expresa que “el ordenamiento no puede dejar de reconocer –advértase bien, reconocer– en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derechos. Pues siendo el derecho una disciplina no autónoma, sino instrumental y auxiliar al servicio de los fines humanos [...] no puede dejar de reconocer al hombre, cualquiera sea su condición o raza, el carácter de persona”.³³
- Lamentablemente la historia ha enseñado los peligros de concebir la personalidad como mero recurso jurídico desprovisto de su realidad ontológica. Triste ejemplo de ello ha sido el modelo totalitario nazi, cuyo daño a la humanidad condujo a la necesidad de declarar derechos iguales e inalienables a todos los miembros de la familia humana, teniendo por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca del hombre.³⁴

III. La penalización del aborto: lógica consecuencia del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción.

A. Situación legislativa nacional

La innegable importancia que tiene la vida como bien jurídico esencial, y su necesaria protección, se ve claramente reflejada en la tipificación de diversas conductas que atentan contra la misma como delitos penales.

En efecto, el Código Penal regula en su Capítulo I, Título I, Libro II *Los*

desde la concepción en el seno materno.

38 Se puede citar como ejemplo de delito no punible, el hurto de dinero de los hijos respecto de sus padres, que según el artículo 185 inc. 1 del Código Penal, no resulta sancionado. Pero es importante resaltar que de la no punibilidad del delito no se desprende la existencia de un derecho a hurtar en tales circunstancias.

39 Sebastian SOLER, Derecho Penal Argentino, ed. Tea, Buenos Aires, 1992, T. III, p. 111.

delitos contra la vida, tipificando en particular, en sus artículos 85 a 88, el delito de aborto.

Si bien la legislación argentina no lo define, se entiende que el aborto consiste en la muerte provocada del feto, con independencia de que haya tenido lugar la expulsión del seno materno.³⁵ Por tanto, el bien jurídico protegido es la vida del feto, una vida que aunque se desarrolla en las entrañas de la madre, merece una protección independiente de ésta.³⁶

Esta regulación que protege a la vida humana desde la concepción, guarda plena coherencia con el reconocimiento que el ordenamiento jurídico argentino hace de la existencia de la persona humana desde ese mismo momento.³⁷ Sin embargo, el tema se torna conflictivo cuando se debe abordar el alcance que tiene el artículo 86 del Código Penal, que contempla supuestos de abortos no punibles.

Abortos no punibles. Artículo 86 del Código Penal

<p>Dispone que no es punible el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta:</p>	<p>1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (aborto terapéutico).</p> <p>2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometidos sobre una mujer idiota o demente. En este caso, requiere el consentimiento de su representante legal para practicar el aborto (aborto eugenésico).</p>
--	--

Según el Código Penal argentino, un delito no es punible cuando se dispone la procedencia de una excusa absolutoria. Esta excusa implica que ante la comisión de un hecho delictivo, el legislador, en su margen discrecional, decide no aplicar la sanción prevista en el tipo penal correspondiente por razones de política criminal.³⁸

El artículo que se comenta prescribe que “no es punible” el aborto practicado en las condiciones allí previstas. Lógicamente, para que esta excusa absolutoria

40 Edgardo Alberto DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, 3° ed. Act., ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, T. I, p. 199.

41 Carlos CREUS y Jorge Eduardo BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, 7° ed. act., ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, T.I, p. 66.

42 El artículo 142 inc 3 CP prevé como agravante del delito de privación ilegítima de la libertad, el *grave daño* a la persona o la salud de la víctima.

43 Ricardo NUÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, ed. Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1977, T. I, p. 341.

44 Uno de los factores que mayor influencia tuvo en las legislaciones restrictivas en materia de

opere correctamente, primero debe haberse cometido el delito, ya que el juzgamiento es siempre posterior al hecho. No se trata, por tanto, de abortos *permitidos*, ni mucho menos de un pretendido *derecho a abortar*.

Aborto “terapéutico”

Se suele denominar aborto *necesario*³⁹ o *terapéutico* aquel que está contemplado en el inc. 1 del artículo 86 del Código Penal. Éste se caracteriza por el aparente enfrentamiento entre dos bienes jurídicos igualmente protegidos: la vida de la madre y la vida del feto.

El inc. 1° del artículo 86 prevé que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si ese peligro no puede ser evitado por otros medios”.

Del texto mismo del artículo se desprende que la excusa absolutoria men-

aborto de fines del siglo diecinueve, fue la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada. En efecto, en el tiempo en que estas leyes fueron aprobadas, efectivamente existieron muchas indicaciones de abortos que buscaban salvar la vida de la mujer en aquellos casos en que ésta sufría de tuberculosis, enfermedades cardiovasculares y renales, o el llamado vómito pernicioso del embarazo. (La traducción es propia) “Under the strict abortion laws that became standard in the late nineteenth century, abortions were permitted where necessary to save the life of a pregnant woman. At the time these laws were adopted, there were in fact many indications for life-saving abortions, such as tuberculosis, cardiovascular and renal disease, and the so-called pernicious vomiting of pregnancy.” Mary Ann GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (1987) p. 11.

45 Edgardo Alberto DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, 3° ed. act., ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 209.

46 Ya en la década de 1960 los avances de la medicina tornaron muy poco probable el supuesto de que la vida de la madre estuviera en juego. Cada vez menos abortos eran practicados a los fines de preservar la vida o la salud de la mujer. (La traducción es propia) “By the 1960s, however, advances in medicine meant that it was only a rare case where the pregnant woman’s life could be said to be at stake. Fewer and fewer abortions were being performed to preserve the woman’s life or even physical health.” Mary Ann GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (1987), p. 12.

47 En los países desarrollados la mortalidad neonatal en los prematuros descendió en forma notable en los últimos 15 años. Entre los años 1990 y 2000 sobreviven prematuros de menos de 30 semanas y entre 600 y 900 gramos. FUSTIÑANA, MARIANI, JENIK, LUPO, *Neonatología*

cionada tiene los siguientes requisitos taxativos, a saber: a) consentimiento de la mujer encinta, b) aborto practicado por un médico diplomado, c) peligro para la vida o salud materna, d) que el peligro no pueda ser evitado por otro medio. Dichos requisitos deben concurrir simultáneamente a fin de que no sea aplicable la sanción penal prevista.

Los dos primeros requisitos no revisten mayores complejidades interpretativas. Según la doctrina el consentimiento exigido debe ser expreso, no admitiéndose el consentimiento presunto ni el tácito.⁴⁰ En cuanto a la calidad de médico diplomado, se entiende que revisten tal carácter aquellos que hayan obtenido título habilitante, no quedando comprendidos en la disposición otros profesionales del arte de curar, aunque profesionalmente estén capacitados para resolver sobre la existencia de la situación peligrosa y actuar en consecuencia.⁴¹

Sí reviste mayor importancia el análisis del requisito de peligro para la vida o la salud de la madre, como también el de la inexistencia de otro medio idóneo para evitarlo.

A diferencia de lo previsto para otras figuras delictivas, aquí la ley no exige de manera expresa que el peligro para la salud de la madre sea grave,⁴² pero de ello no se desprende que la excusa absolutoria pueda operar libremente frente al peligro de daños insignificantes o intrascendentes.⁴³

Esto es así porque el requisito de peligro para la vida o salud de la gestante debe interpretarse conjuntamente con el último requisito de la figura, que exige que dicho peligro no pueda ser evitado por otros medios.

Cabe preguntarse entonces cuáles son aquellos peligros que, considerando el desarrollo actual de la ciencia, no puedan ser evitados por medios menos lesivos

Práctica, 4° ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2009, p. 224 y 289.

48 Declaración aprobada por el Plenario Académico, de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, en su Sesión privada del 28 de julio de 1994, publicada como solicitada en el Diario "La Nación" y "Clarín", del 4.8.94. <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm>

49 La moderna terapia psiquiátrica ha hecho posible llevar el embarazo de una mujer mentalmente enferma a término. Por otro lado, en caso de practicarse un aborto, sería más grave el remedio que la enfermedad. Según un estudio de la Real Academia de Obstetricia de Inglaterra, el 59 % de las mujeres que abortan tienen altas probabilidades de sufrir problemas psiquiátricos graves y permanentes. José María PARDO SÁENZ, *Bioética práctica al alcance de todos*, Ediciones RIALP, Madrid, 2004, p. 86.

50 Esteban RIGHI, *Derecho Penal: Parte General*, 1° ed, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 270 y 281.

para la vida de la persona por nacer.

Suelen enunciarse como enfermedades que pueden agravarse con el embarazo, o que son de difícil tratamiento a causa del mismo, el cáncer, la tuberculosis, la insuficiencia renal, respiratoria o cardíaca, la hipertensión de la gestación o la preclampsia.⁴⁴ Asimismo, se ha sostenido que la ley no exige que se trate necesariamente de una afección al funcionamiento orgánico o físico, sino que también estaría incluido el daño psíquico, mencionándose algunas enfermedades mentales tales como las depresiones graves, tendencias suicidas de la madre, etc.⁴⁵

Pero lo cierto es que el avance de la medicina ha tornado prácticamente inexistentes los supuestos de procedencia de esta excusa absolutoria.⁴⁶ Así, la ciencia ha logrado que la gestante pueda continuar con su embarazo hasta el momento en que el niño pueda nacer y sobrevivir luego del parto. En la actualidad, centros especializados logran la supervivencia de bebés de seis meses de gestación y de hasta 600 gramos de peso.⁴⁷

Al respecto, la Academia Nacional de Medicina ha sostenido que “con los adelantos tecnológicos actuales en reproducción humana para combatir la mortalidad perinatal, salvando fetos y recién nacidos enfermos, resulta un absurdo la destrucción del embrión y feto sano” agregando que “terminar deliberadamente con una vida humana incipiente es inaceptable [ya que] representa un acto contra la medicina, pues la única misión de cualquier médico es proteger y promover la vida humana, nunca destruirla...”⁴⁸

En cuanto al daño psíquico como causal justificante, cabe resaltar que el aborto nunca es terapia adecuada para el tratamiento de tales afecciones, existiendo siempre la alternativa de una completa terapia psicológica o psiquiátrica.⁴⁹

Respecto a la operatividad de esta excusa absolutoria ya se sostuvo que su misma naturaleza jurídica exige que previamente haya tenido lugar el hecho delictivo, no pudiendo sostenerse válidamente que se trate de un supuesto derecho a abortar o de un aborto permitido que requiera la anuencia de la autoridad judicial.

Sin perjuicio de ello, cierta doctrina y jurisprudencia ha confundido la naturaleza de la excusa absolutoria con supuestos de estados de necesidad o incluso de legítima defensa.

La *legítima defensa* es una causa de justificación que consiste en la reacción necesaria y racional contra una agresión inminente y no suficientemente provocada. Por tanto, para que opere esta causa de justificación deben concurrir las

51 Oscar Alberto ESTRELLA, Roberto GODOY LEMOS, Código Penal: Parte especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, T. I, p. 159.

siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (artículo 34 inc. 6°, párr. 1°, Código Penal). Por su parte, el *estado de necesidad* es también una causa de justificación que puede invocar quien, para preservar un bien jurídico en peligro de ser destruido o disminuido, realiza un comportamiento típico que lesiona o afecta otro bien jurídico, considerado menos valioso por el orden jurídico (artículo 34, inc. 3°, Código Penal).⁵⁰

Pero como se sostuvo, el artículo 86 inc. 1 del Código Penal argentino no regula supuestos de estado de necesidad ni de legítima defensa.

En efecto, el riesgo para la vida o salud de la madre no proviene de una agresión ilegítima del feto, tampoco se trata de un mal inminente que impida realizar una evaluación previa que justifique, en última instancia y no habiendo medios menos lesivos, recurrir a la práctica del aborto para salvar la vida o salud de la madre. Más aún, el estado de necesidad requiere que el mal causado sea menor que el mal inminente que se quiere evitar, condición que no se cumple en el aborto terapéutico ya que no puede sostenerse válidamente que la muerte del feto sea un mal menor. Por el contrario, se trata de bienes jurídicos equivalentes. Conforme lo dispone la legislación argentina, la vida de la madre y la vida del feto gozan de la misma valoración y protección legal.

Aborto “eugenésico”.

El inciso 2° del artículo 86 dispone que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible [...] si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Se entiende por aborto eugenésico aquel que se ha practicado para evitar el nacimiento de un ser con serias incapacidades físicas o mentales, o con ambas

52 Diario de sesiones de la Cámara de Senadores del Congreso Nacional 43 va. reunión de la 31va. sesión ordinaria del 23 de septiembre de 1920, lectura del informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación, p. 958, suscripto el 26 de septiembre de 1919 por J.V. González, E. Del Valle Ibarlucea, P.A. Garro. Citado por Francisco JUNYENT BAS y Candelaria DEL CERRO, “Aborto y Derecho a la Vida”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 5.

53 Ricardo NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, T. I, ed. Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1977, p. 390–391.

54 Carlos CREUS, Jorge Eduardo BUOMPADRE, Derecho Penal: Parte Especial, 7° ed. act., T.I,

a la vez.⁵¹

La doctrina discute acerca del alcance que tiene esta figura en lo referente al reconocimiento o no del llamado “aborto sentimental” dentro de la misma, entendiendo por tal, aquel que es practicado cuando el embarazo proviene de una violación cometida sobre una mujer capaz.

El antecedente normativo de esta disposición es el anteproyecto suizo de 1916. Resulta ilustrativo transcribir algunos párrafos del informe elaborado por la Comisión redactora del Código Penal argentino a los fines de clarificar la controversia.

Dijo expresamente la Comisión: “Es 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, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. (...) El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugenésica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad”.⁵²

Se observa claramente que la razón justificadora de esta figura reside en la preponderancia que el legislador le dio a la finalidad eugenésica por sobre la vida del feto. Es por ello que el aborto sentimental –aquel consentido por la mujer sana de mente que concibió a causa de un acto de violación– no está comprendido en el artículo 86 inc. 2.⁵³ Para que tenga vigencia esta figura, sólo una mujer idiota o demente debe ser la que ha sufrido una violación o un atentado al pudor. En caso contrario, la figura no se aplica.⁵⁴

Para que opere entonces la excusa absolutoria deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que la causa del embarazo sea una violación o atentado al pudor, b) que la embarazada sea deficiente mental, y c) que el aborto se haya practicado con el consentimiento del representante legal de la mujer.

Resta entonces preguntarse si tiene razón de ser una disposición semejante; si puede considerarse válida a la luz de los tratados internacionales que reconocen expresamente el derecho a la vida desde el momento de la concepción; si puede justificarse la muerte de un ser inocente con la sola finalidad de conservar la “pureza de la raza”, máxime si se tiene en cuenta que un acto de semejante crueldad resulta contrario a cualquier derecho humano.

ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 68.

55 Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 3

B. Proyectos de reforma a consideración del Congreso Nacional

I. Proyectos de reforma del Código Penal argentino

1.1 Anteproyecto de Código Penal:

En el año 2004 se crea la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Res. M.J. y D.H. N° 303/04 Y N° 136/05), presentándose la redacción final del Anteproyecto en el año 2006.

En materia de aborto, el Anteproyecto modifica sustancialmente la legislación actual. A los fines de una mejor comprensión se transcriben los artículos pertinentes, en la redacción propuesta por el Anteproyecto:

Artículo 92.– El aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, no es punible: a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquicosocial de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; b) Si el embarazo proviene de una violación. Si se tratare de una menor o incapaz, se requerirá el consentimiento de su representante legal.

Artículo 93.– No es punible la mujer cuando el aborto se practicare con su consentimiento y dentro de los TRES (3) meses desde la concepción, siempre que las circunstancias lo hicieren excusable. No es punible el médico que, dentro de los TRES (3) meses desde la concepción, practicare un aborto con el consentimiento de la mujer, cuando previamente la haya asesorado sobre las consecuencias del hecho y las razones existentes para preservar la vida del feto.

de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 1.2 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su declaración interpretativa.

56 Ricardo Leopoldo SCHWARCZ, Carlos Alberto DUVERGES, Angel Gonzalo DIAZ, Ricardo Horacio FESCINA, *Obstetricia*, Ed. El Ateneo, 5ta edición, 2001, 9. William F. GANONG, *Fisiología médica*, Ed. El Manual Moderno, 20ª edición, 2006, p. 388. Asimismo, la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires ha manifestado que “en el momento de la fecundación, la unión de los pronúcleos femenino y masculino da lugar a un nuevo ser con su individualidad cromosómica y con la carga genética de sus progenitores”. Declaración aprobada por el Plenario Académico, de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires,

Es decir, el Anteproyecto introduce la siguientes reformas:

- a) Despenaliza el aborto practicado durante los primeros tres meses de gestación, con el sólo requisito del consentimiento informado de la mujer.
- b) Incluye el llamado “aborto sentimental” al autorizar la eliminación del feto producto de una violación, sin limitación de tiempo.
- c) Introduce el peligro para la salud psíquicosocial como excusa absolutoria.

No sólo puede criticarse al Anteproyecto su deficiente técnica legislativa y vaguedad en la determinación del tipo penal, sino principalmente el contenido de las modificaciones que pretende introducir en la legislación penal argentina, ya que resultan abiertamente inconstitucionales.

En efecto, esta reforma viola de manera grosera todas las disposiciones consagradas en los tratados internacionales a los cuales la Argentina les ha otorgado jerarquía constitucional, que expresamente reconocen a todo ser humano –en particular al niño– el carácter de persona desde el momento de la concepción, exigiendo su protección integral desde ese mismo momento.⁵⁵

Es por ello que resulta conveniente repasar algunas disposiciones de la normativa internacional aludida, y analizar luego el Anteproyecto a la luz de dicha normativa internacional:

- En primer lugar cabe citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe en su artículo 1.2 que “Todo ser humano es persona” y en su artículo 4 que “1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. 2. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La primera conclusión que se desprende es que la Convención Americana no hace distinción alguna entre seres humanos, sino que, por

en su Sesión privada del 28 de julio de 1994, publicada como solicitada en el Diario “La Nación” y “Clarín”, del 4.8.94. <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm>
 57 Corte I.D.H., Serie C, N° 16, p. 22 y 33; Corte I.D.H., Serie C, N° 35, p. 26 y 27; Corte I.D.H., Serie C, N° 63, p. 59 y 60; Corte I.D.H., Serie A, N° 4, p. 21; Corte I.D.H., Serie C, N° 74; Corte I.D.H., Serie C, N° 94, párrs. 13,104 y 106; citados por José Alejandro CONSIGLI, “Es inconstitucional un Proyecto de Ley de abortos no punibles”, carta remitida a los diputados nacionales, Buenos Aires, junio 2007, p. 6.

58 Ley 23.849. Ver en el presente trabajo: “Protección del derecho a la vida en la Constitución Nacional”.

el contrario, expresamente dispone que “todo ser humano es persona”. Excede los fines de este trabajo la fundamentación biológica del momento en que comienza la vida humana, sin embargo basta mencionar que no es materia discutida en el ámbito de la ciencia que el inicio de la vida se da en el momento de la fecundación.⁵⁶ En consecuencia, todo ser humano desde el momento de la concepción es persona, y toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Parte de la doctrina entiende que el término en general contenido en la primera parte del artículo 4 implica una autorización para desconocer el derecho a la vida del no nacido; sin embargo, una interpretación de esta naturaleza resultaría contradictoria con el contenido integral del artículo, que justamente le reconoce este derecho a *toda persona*. Más aún, la segunda parte del artículo dispone que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que arbitrario es todo acto que priva de un derecho otorgado por la Convención a un ser humano que no ha participado de ninguna manera en los hechos que han dado origen al caso concreto;⁵⁷ y no podría sostenerse válidamente que la persona por nacer tenga alguna participación, responsabilidad o culpa en el desconocimiento de su derecho a la vida.

- Más claro aún resulta lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 6 dispone que “1. Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Por su parte, la Argentina emitió una declaración interpretativa a este tratado conforme la cual –para la legislación de este país– se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.⁵⁸

Por otro lado, la misma Convención sobre los Derechos del Niño veda la posibilidad de que se esgrima el hecho del nacimiento, o cualquier condición de los padres, como causa de discriminación para dejar sin efecto o desconocer los derechos allí consagrados. Expresamente dispone en su artículo 2.1 que “los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de [...] *el nacimiento* o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (énfasis añadido).

Resulta entonces evidente que, las disposiciones del Anteproyecto que

se comenta, no podrían convertirse en ley sin violar normativa de orden internacional y de jerarquía constitucional.

Con dicha afirmación no se pretende negar el derecho a la privacidad e intimidad de la mujer, ni el derecho a la dignidad de la mujer violada, ni se pretende desconocer los eventuales sufrimientos psicológicos que la madre pueda padecer por tener que llevar a término un embarazo no deseado. La mujer, como toda persona perteneciente a la familia humana, es titular de todos los derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales. Tanto nacidos como no nacidos son titulares de idénticos derechos, por lo que resulta necesario tratar de compatibilizarlos cuando éstos entran en aparente enfrentamiento.

Resta entonces preguntarse, si existe razón suficiente para desconocer el derecho humano a la vida de la persona por nacer, máxime si se tiene en cuenta que los derechos de la mujer que se verían afectados –aunque efectivamente resultarían restringidos– sufrirían una limitación meramente temporal, en tanto que el aborto implicaría la supresión o aniquilación del titular de iguales derechos.

1.2 Otros proyectos de reforma del Código Penal

a. Interrupción voluntaria del embarazo y derogación del artículo 85 inc.2, y del artículo 86 y 88 del Código Penal argentino

Este proyecto es uno de los más recientes intentos legislativos por modificar la legislación penal en materia de aborto. Fue presentado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito el 16 de marzo de 2010 en la Cámara de Diputados de la Nación bajo el expediente 0998–D–2010.

El proyecto pretende reconocer a toda mujer el “derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional” (artículo 1). Asimismo, agrega como excusas absolutorias el llamado “aborto sentimental” es decir, cuando el embarazo fuera producto de una violación (artículo 3 inc.a), y la existencia de malformaciones fetales graves (artículo 3 inc.c), garantizando el acceso a estas prácticas de manera gratuita a través de los servicios de salud del sistema público. El único requisito exigido es el consentimiento informado de la madre, sin que sea necesario solicitar consentimiento del padre ni autorización judicial previa. Para otorgar válidamente este consentimiento se exige la edad de catorce años (14), desconociendo de este modo

la legislación civil que rige en materia de capacidad de las personas, y generando evidentes incoherencias. Así, por ejemplo, se exige la edad de 18 años para ser donante de sangre, práctica evidentemente de menor complejidad y riesgo, y con mínimas consecuencias si se la compara con el aborto, el cual no sólo implica un alto riesgo para la salud de la madre sino que implica también decidir sobre la vida del niño por nacer.

b. Proyecto de ley de anencefalia

Este proyecto de fecha de 30 de agosto de 2001, con número de Expediente 5593-D-01, pretende incorporar al artículo 86 del Código Penal un nuevo inciso que “autorice a quien se encontrare cursando un embarazo de feto anencefálico a ejercer el derecho de optar si continúa con el mismo una vez establecido el diagnóstico” (artículo 1).

Si bien no puede desconocerse el inmenso sufrimiento que significa para una madre llevar en su vientre una vida que no tiene posibilidades ciertas de sobrevivir luego del parto; parece bastante discutible que la solución sea la destrucción anticipada de dicha vida. Matar una persona, cualquiera sea el grado de desarrollo de la misma y cualquiera sea el tiempo estimado de su existencia, implica un profundo desprecio por la vida y la dignidad propia de todo ser humano. Esto es así ya que el exiguo tiempo de vida que una persona anencefálica pueda tener, en nada afecta su calidad de tal, ni la protección jurídica que merece.

II. Proyectos de reglamentación del artículo 86 del Código Penal argentino.

Como fuera ya expresado, el artículo 86 del Código Penal regula dos supuestos de abortos no punibles, estos son, el llamado aborto terapéutico y el denominado aborto eugenésico. Ello no implica sostener que se trate de abortos “permitidos” o que estemos frente a un pretendido “derecho a abortar”, sino simplemente se trata de excusas absolutorias conforme las cuales, por razones de política criminal, el legislador dispone no aplicar la pena al caso concreto.

Sin perjuicio de ello, se han presentado tanto en el Congreso de la Nación como en algunas Legislaturas provinciales, proyectos de ley que pretenden “reglamentar” el artículo 86 del Código Penal, a partir de la afirmación de que se trata de un derecho que requiere de dicha reglamentación para que se garantice su ejercicio.

59 Artículo 86 inc. 1, Código Penal argentino.

60 Resulta evidente que la eliminación de este requisito fue querida por el legislador, ya que al regular el consentimiento informado, dispone expresamente que el profesional debe

Características generales de los proyectos:

- a) Establecen como obligatorio para todos los establecimientos asistenciales públicos, privados y de obras sociales la atención de los abortos no punibles.
- b) Reglamentan como supuestos contemplados en el artículo 86 CP:
 - Peligro para la vida o para la salud integral de la mujer (inc.1)
 - Embarazo proveniente de una violación (inc.2)
 - Embarazo proveniente de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (inc.2)
- c) Incluyen en el concepto de salud integral de la mujer, la salud física, psíquica y/o social.
- d) Presumen la existencia de peligro para la salud psíquica en los casos de embarazo producto de una violación, o en casos de fetos inviables.
- e) En los casos de violación, algunos exigen denuncia policial y constancia de la revisión efectuada por médico forense, y otros simplemente una declaración jurada de la mujer.
- f) Exigen que haya consentimiento informado, es decir, que el profesional a cargo brinde a la mujer información respecto a los estudios o tratamientos específicos, riesgos significativos asociados y posibilidades previsibles de evolución. También exigen informar acerca de la existencia de otras opciones de atención o tratamientos si los hubiere.
- g) Requieren que el consentimiento sea otorgado por la mujer embarazada o por su representante legal en caso de incapacidad.
- h) Exigen una edad mínima de 14 o de 18 años, según cada proyecto.
- i) En ningún caso requieren intervención o autorización de autoridad judicial o administrativa.
- j) Prevén que toda persona –ya sea médico o personal auxiliar del sistema de salud– pueda manifestar su objeción de conciencia. Ella deberá ser declarada al momento de iniciar sus actividades en el establecimiento asistencial correspondiente.
- k) Disponen que los directivos del establecimiento prevean el reemplazo o sustitución de manera inmediata, de los médicos que hayan manifestado

informar acerca de la existencia de otras opciones de atención o tratamiento si los hubiere.

61 En la actualidad se han aprobado reglamentaciones de abortos no punibles en la Provincia de Buenos Aires mediante Resolución n° 304/07; en la Provincia de Neuquén mediante Resolución n° 1380/07; en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante Resolución n° 1174/07; en la Provincia de Chubut mediante Ley XV n° 14; y en la Provincia de Salta mediante Resolución n° 215/12.

objección de conciencia.

Algunas consideraciones que pueden formularse a estas “reglamentaciones”:

- a) Reglamentaciones de esta naturaleza no sólo transforman un hecho delictivo en un supuesto derecho (al aborto), sino que además, obligan a todos los establecimientos que conforman el sistema de salud a disponer de sus recursos materiales y humanos para efectuar dichas prácticas.
- b) Con el pretexto de “reglamentar” el Código Penal, terminan efectuando una verdadera reforma legislativa. Así, por ejemplo, eliminan el requisito de que el peligro para la vida de la gestante “no pueda ser evitado por otros medios”,⁵⁹ dejando de ser el aborto una última instancia, para transformarse en una opción de la mujer embarazada.⁶⁰
- c) Realizan una interpretación amplia de la figura penal. Entienden que el peligro para la salud de la madre puede recaer sobre su salud física, psíquica o incluso social, extendiendo de este modo la procedencia de la excusa absoluta a una innumerable cantidad de supuestos de indiscutida ilegitimidad.
- d) Incluyen el llamado “aborto sentimental”, esto es, aquel que se practica sobre una mujer cuyo embarazo es producto de una violación. Esto también implica una reforma del Código Penal ya que, como fuera desarrollado oportunamente, el inc. 2 del artículo 86 únicamente incorporó el aborto eugenésico.
- e) En cuanto a la edad exigida para otorgar válidamente el consentimiento, resulta carente de toda lógica que una menor de 14 años pueda decidir sobre la suerte de la persona que lleva en su vientre, cualquiera sea el supuesto de procedencia para ello. Conforme la legislación civil argentina, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, y hasta tanto la persona cumpla dicha edad, se encuentra inhabilitada para realizar actos de una trascendencia muy inferior a la práctica de un aborto. Por ejemplo, no puede votar, no puede comprar bebidas alcohólicas, no puede conducir vehículos, no puede salir del país si autorización de los padres, no puede ser donante de órganos, etc. La contradicción resulta evidente.

62 Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud de la Nación a cargo del Ministro Juan Luis Manzur, Buenos Aires, 2010, p. 16.

63 Cita Fallos Corte, 316:479.

64 La mayoría fue integrada por los votos de los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moline O’Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, y Adolfo Roberto Vázquez. Votaron en disidencia los ministros Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert.

f) Finalmente, cabe realizar una crítica de forma a aquellos proyectos aprobados o que se encuentren en tratamiento legislativo por parte de las Legislaturas provinciales.⁶¹ Conforme el artículo 75 inc.12 de la Constitución Nacional argentina, el único órgano facultado para reglamentar derechos fundamentales es el Congreso de la Nación; es por ello que una Legislatura no puede crear derechos, como sería el supuesto “derecho a abortar”, y tampoco puede limitarlos ni menos aún suprimirlos, lo cual sin duda alguna es lo que hacen estos proyectos respecto al derecho a la vida.

Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles

Actualmente se encuentra vigente una “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles” cuya distribución fuera aprobada el 12 de julio de 2010 por el Ministerio de Salud argentino, mediante resolución Nro. 1184/10 en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable. Un texto similar fue aprobado en el año 2007 por el entonces Ministro de Salud de la Argentina, Ginés González García. A esta guía le caben las mismas críticas efectuadas precedentemente ya que, no sólo regula los “casos permitidos” por el Código Penal argentino, sino que amplía los supuestos de procedencia incluyendo el aborto sentimental.⁶²

C. Un precedente jurisprudencial de enorme trascendencia

En el año 2000, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó un precedente de enorme trascendencia, en el caso comúnmente conocido como “Portal de Belén”.⁶³

En dicho caso, la asociación civil Portal de Belén promovió acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se revocara la autorización del fármaco Inmediat de Laboratorios Gador S.A., y se prohibiera su fabricación, distribución y comercialización, en razón de los efectos abortivos que la mencionada píldora de anticoncepción de emergencia producía.

65 Domingo M. BASSO, *Nacer y Morir con Dignidad*, Estudios de Bioética Contemporánea, C.M.C, Bs. As. 1989, 83; 84 y sus citas, citado por la Corte Suprema de Justicia, considerando 4.

66 Considerando 9.

67 Considerando 14, artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 2 de la ley 23.849; artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Artículos 70 y 63 del Código Civil argentino.

68 Considerando 11.

69 Considerando 12.

La pretensión estaba fundada en el reconocimiento constitucional que tiene el derecho a la vida.

En primera instancia se hizo lugar al reclamo, pero el Estado apeló y la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba –órgano de segunda instancia– revocó el fallo por entender que se requería mayor amplitud de debate y prueba que el permitido por una acción de amparo.

Por vía de recurso extraordinario llegó a la Corte Suprema de Justicia Argentina, quien –por mayoría de 5 votos– ordenó que el Estado Nacional deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco *Inmediat*.⁶⁴

Tres fueron los argumentos centrales del fallo: a) la vida humana comienza con la fecundación; b) la píldora tiene efectos abortivos; c) el derecho a la vida es el primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional.

- a) En primer lugar la Corte se expidió de forma expresa respecto el inicio de la vida al citar en el considerando 4 que “tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo [agregando que, el hecho de] que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación”.⁶⁵
- b) En cuanto al carácter abortivo del fármaco, la Corte al explicar los modos de acción del mismo, manifiesta que la píldora no sólo retrasa o inhibe la ovulación, y altera el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo –efectos que inhiben la fertilización y por tanto no son abortivos–, sino que también modifica el tejido endometrial produciendo una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación de un óvulo ya fecundado. Este último efecto es el que la Corte entendió que “constituye una amenaza efectiva

70 Ver en el presente trabajo la discusión en torno al alcance del artículo 86 inc. 2 del Código Penal.

71 La Corte acude a la interpretación que realiza el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (considerando 12); a la interpretación que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 10); y a la interpretación que realiza el Comité de

e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior”, agregando que “todo método que impida el anidamiento debería ser considerado abortivo”.⁶⁶

- c) Finalmente, citando pactos internacionales que contienen cláusulas específicas que resguardan el derecho a la vida de la persona humana desde el momento de la concepción,⁶⁷ e interpretando dichos tratados bajo el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos,⁶⁸ la Corte concluyó 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 un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.⁶⁹

D. Un fallo de la Corte Suprema de Justicia sin precedentes

El 13 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina confirmó el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut que había autorizado la práctica de un aborto a una niña de 14 años de edad que había sido víctima de violación. Así, lejos de ratificar lo hasta entonces resuelto en materia de protección de la vida, se apartó de sus propios precedentes y de la legislación nacional e internacional que regulan la materia.

La Corte entendió que se trataba de un supuesto de aborto no punible regulado por el artículo 86 inc.2 del Código Penal, recurriendo para ello a una interpretación amplia del mismo. Es decir, la Corte entendió que el mencionado artículo no sólo eximía de pena a los abortos practicados en caso de violación sobre una mujer discapacitada, sino en todo caso de violación.⁷⁰

En el fallo de la Corte se pueden distinguir cuatro líneas argumentales: a) Interpretación de los tratados internacionales a la luz de lo afirmado por sus organismos de aplicación; b) Posible responsabilidad internacional del Estado

los Derechos del Niño respecto la Convención sobre los Derechos del Niño (considerando 13). En tales interpretaciones, los mencionados Comités se apartan del texto expreso de los tratados, desconociendo toda protección legal a la persona por nacer.

72 Ver considerandos 6, 7 y 26.

73 Considerando 6 y 12. En el considerando 13 la Corte manifiesta que “el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes –que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son consecuencia de una violación– deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal”.

74 Considerando 15.

75 Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Argentino; c) Principios jurídicos interpretados de forma arbitraria; d) Aborto no punible como sinónimo de un pretendido derecho al aborto

- a) Interpretación de los tratados internacionales a la luz de lo afirmado por sus organismos de aplicación. A lo largo de este trabajo se han enunciado y analizado las disposiciones que protegen el derecho a la vida desde el momento de la concepción, tanto en la Constitución Nacional como en los tratados internacionales de derechos humanos. Resulta sorprendente, por lo tanto, la forma en que la Corte ha podido apartarse de tales disposiciones, desconociendo completamente los mandatos legales. Para lograr tal objetivo, la Corte se valió de las interpretaciones realizadas por los organismos de aplicación de tales tratados, más que por el texto expreso de la ley internacional que –como ya se mencionara– consagra la protección expresa del derecho a la vida.⁷¹
- b) Posible responsabilidad internacional del Estado Argentino. A lo largo de la sentencia se puede observar la preocupación de la Corte Suprema en cuanto a la posible responsabilidad internacional del Estado Argentino en caso de no realizar una interpretación amplia del Código Penal.⁷² La Corte expresamente menciona las observaciones finales efectuadas por el Comité de Derechos Humanos y por el Comité de los Derechos del Niño en los cuales se censura “la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible”.⁷³ Cabe resaltar que bajo ninguna circunstancia las recomendaciones efectuadas por los organismos internacionales pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Los Estados únicamente se comprometen a respetar las disposiciones de los tratados internacionales, no así lo que los organismos de aplicación puedan decir o interpretar acerca de ellos.
- c) Principios jurídicos interpretados de forma arbitraria. Resulta sorprendente que la Corte haya apelado a los principios de igualdad y prohibición de discriminación, de dignidad de las personas, de legalidad, y pro homine para fundar su sentencia. La Corte únicamente aplica el principio de igualdad y no discriminación respecto la mujer víctima de violación, llegando a la con-

76 Considerando 16.

77 Considerando 17.

78 Ver en el presente trabajo “Un precedente jurisprudencial de enorme trascendencia”.

79 Ver en el presente trabajo “Abortos no punibles. Artículo 86 del Código Penal”.

80 La Corte utiliza el término “derecho” en los considerandos 18, 19, 23, 24, 28, 29 y 31.

81 Respecto a la naturaleza jurídica de la excusa absolutoria, ver en el presente trabajo: nota n° 38.

82 Considerando 29. Respecto la naturaleza y validez de los protocolos hospitalarios, ver en el

clusión de que se configura una discriminación injustificada si se permite únicamente a quien padece de una enfermedad mental acceder a la práctica del aborto.⁷⁴ Pero se olvida que este principio se aplica a “todos los miembros de la familia humana”.⁷⁵ Expresamente el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna [en razón del] nacimiento”, por lo que desconocer el derecho a la vida a quien está por nacer, por el hecho de no haber nacido, configura un caso evidente de discriminación arbitraria.

Más sorprendente resulta aún que la Corte haya apelado a la dignidad de las personas para fundar su decisión, expresando que este principio “las consagra como un fin en sí mismas y proscrib[e] que sean tratadas utilitariamente”,⁷⁶ ya que, al hablar de la dignidad de las personas, no incluye a las personas por nacer, a quienes se les desconoce completamente todos sus derechos.

Finalmente, la Corte recurre al principio de legalidad y al principio pro homine.⁷⁷ Respecto al primero de ellos, ya se mencionó de qué manera la Corte, lejos de respetar el texto expreso de la ley, se apartó groseramente de sus disposiciones utilizando interpretaciones no vinculantes para el Estado Argentino. Por otro lado, respecto al principio pro homine, la Corte se aparta de su propia interpretación, ya que –como se mencionara en el comentario al fallo Portal de Belén– ese mismo principio fue aplicado para asegurar a la persona por nacer una completa protección de sus derechos.⁷⁸

- d) Aborto no punible como sinónimo de derecho al aborto. Finalmente, la Corte confunde –intencionadamente– la naturaleza jurídica de la excusa absoluta contemplada por el artículo 86 del Código Penal,⁷⁹ y habla de un “derecho a la interrupción del embarazo” en los casos allí previstos.⁸⁰ Es decir, entiende que habría un “derecho al aborto” en todo caso de embarazo producto de una violación.⁸¹

Como consecuencia lógica de tal afirmación, la Corte concluye en la innecesariedad de toda autorización judicial para acceder a la práctica de un aborto, bastando –a criterio de la misma Corte– una declaración jurada por

presente trabajo “Proyectos de reforma a consideración del Congreso Nacional. II. Proyectos de reglamentación del artículo 86 del Código Penal Argentino”.

83 Ver: <http://www.abortolegal.com.ar/>

84 Beatriz KOHEN, Emelina ALONSO, Mariela AISENSTEIN, Micaela FINOLI, Alejandro SEGARRA, La exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos, Asociación por los Derechos Civiles, 1ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 26.

parte de la mujer víctima de violación, ante el profesional médico correspondiente. De este modo, “exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos (...) protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles”.⁸²

Conclusión

Se observa claramente cómo la Corte lejos de resolver sobre un caso concreto –cuyo objeto había devenido en abstracto, dado que la práctica del aborto ya se había realizado– se arroga facultades legislativas, pretendiendo modificar el alcance de las disposiciones legales vigentes. En este sentido, la resolución de la Corte carece de fuerza vinculante. De hecho, la misma Corte reconoce implícitamente esta circunstancia, ya que, al “resolver”, no utiliza un lenguaje imperativo sino meramente sugestivo, “instando” y “exhortando” a las autoridades a que sancionen protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles. Es por ello que no se está en presencia de una sentencia judicial, con sujetos pasivos obligados; sino de una simple recomendación u opinión que, carente de todo sustento legal, doctrinario y jurisprudencial, la Corte Argentina emitió, dando muestra de su falta de respeto por el bien jurídico primordial, el derecho humano a la vida.

E. Organizaciones no gubernamentales e instituciones afines que persiguen la despenalización del aborto

Entre las organizaciones que persiguen la despenalización del aborto en la Argentina, y trabajan a favor de ese objetivo, se pueden citar las siguientes:

- **Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito**

Una de las fuerzas de mayor alcance en la Argentina que persigue la despenalización del aborto es la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Se trata de una alianza a nivel nacional que incluye a distintas organizaciones.⁸³ Bajo el lema “educación sexual

85 Ver: <http://www.conders.org.ar/>

86 Resolución 232/2007 del Ministerio de Salud de la Nación sobre Anticoncepción Hormonal de Emergencia.

87 Beatriz KOHEN, Emelina ALONSO, Mariela AISENSTEIN, Micaela FINOLI y Alejandro SEGARRA, La exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos, Asociación por los Derechos Civiles, 1ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 11.

88 Idem, p. 14.

89 Ver en el presente informe “La salud reproductiva en los instrumentos internacionales de

para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir” defienden un supuesto derecho al aborto. El objetivo es ubicar a dicho “derecho” dentro de los derechos sexuales y reproductivos, y lograr asimismo el reconocimiento de éstos como derechos humanos.

La campaña inició sus actividades el 28 de mayo de 2005 –Día Internacional de Acción por la Salud de la Mujer– con la recolección de firmas a favor de la despenalización del aborto. Cada año se inicia el 28 de mayo y se cierra el 28 de septiembre o el 25 de noviembre. Realizan un plenario nacional, con sede rotatoria a lo largo del país, en el cual establecen el plan de trabajo anual. En su agenda de actividades se encuentra la organización de acciones culturales, la elaboración de un proyecto de ley que despenalice y legalice el aborto en todo el territorio nacional, y el control de la implementación de las disposiciones vigentes sobre abortos no punibles, entre otras.⁸⁴

- **Consortio Nacional de Derechos Reproductivos y Sexuales (CoNDeRS).** El CoNDeRS está compuesto por distintas organizaciones que tienen por objeto monitorear las acciones que prevé la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, defendiendo la garantía de los derechos sexuales y reproductivos con una perspectiva de género.⁸⁵ Dentro de la legislación monitoreada se encuentran las leyes provinciales que reglamentan los supuestos de abortos no punibles, como asimismo las resoluciones ministeriales relativas a la anticoncepción de emergencia.⁸⁶

- **Asociación por los Derechos Civiles**

La Asociación por los Derechos Civiles elaboró en el año 2008 un documento sobre la exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos en la Argentina, en base a un contrato celebrado con el CoNDeRS. En dicho documento se definen los derechos sexuales y reproductivos como parte integral e indisoluble de los derechos humanos, garantizados por convenciones y tratados internacionales.⁸⁷

Dentro de los derechos sexuales y reproductivos se mencionan: el derecho a la vida y a la supervivencia; a la privacidad; a la libertad y seguridad de las personas; al nivel más alto posible de salud; a la planificación de la

derechos humanos”.

90 Todo lo que querés saber sobre cómo hacerse un aborto con pastillas, El Colectivo, 1ª ed., Buenos Aires, 2010.

91 Idem, p. 16.

92 Expresamente aclara el manual en su página 8 que: “quienes juntamos la información que hay en este libro no somos médicas. Somos lesbianas y mujeres feministas que nos capa-

familia y a decidir el número de hijos; a la no-discriminación; a una vida sin violencia; a la información y educación; a los beneficios del adelanto científico; a recibir e impartir información y a la libertad de pensamiento; a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes; y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Dentro de los últimos derechos enunciados se incluye el derecho de las víctimas de violaciones a no ser sometidas a embarazos y/o maternidades no deseadas, el derecho a la anticoncepción de emergencia, al aborto legal y a la ligadura tubaria.⁸⁸ Vale la pena mencionar, que ninguno de estos derechos es mencionado en los tratados internacionales de derechos humanos.⁸⁹

• **Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto**

En el año 2010 la organización Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto publicó un manual titulado Todo lo que querés saber sobre cómo hacerse un aborto con pastillas.⁹⁰ En dicho libro se describen los pasos a seguir para lograr un aborto “fácil, barato, seguro y en casa” –conforme surge de su misma portada– violando de este modo todas las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que prohíben el aborto y lo tipifican como delito penal.

El procedimiento elegido es el aborto químico a través del consumo de misoprostol, droga que provoca contracciones en el útero haciendo que se expulsen por la vagina los tejidos que se forman con el embarazo: sangre, coágulos y el saco gestacional con el embrión (feto).⁹¹ En el manual se explica cómo utilizar el misoprostol, dónde conseguirlo, y cuales son los efectos de su consumo; información que no es proporcionada por médicos ni especia-

citamos para brindar la información que hay en estas páginas”.

93 Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud de la Nación a cargo del Ministro Juan Luis Manzur, Buenos Aires, 2010, p. 15.

94 En la nota II se lee: “el valor resulta del cálculo de estimación del aborto inducido realizado por la Dra. Pantelides y la Lic. Silvia Mario, por medio del método de los egresos hospitalarios por complicaciones de aborto (Singh, S. y Wulf. D.: “Niveles estimados de aborto inducido en seis países latinoamericanos”, en International Family Planning Perspectives, número especial, 1994) y es también el valor promedio del rango estimado por el método residual (Bongaarts, J.: “A Framework for the análisis of the proximate determinants of fertility” en Population and Development Review, vol. 4, N° 1 (1978)”. Idem, p. 15.

95 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, “Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina”, CEPAL, Notas de población 87, 99. http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-P_4.pdf

listas. Es decir, no sólo se violan las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, sino que además se pone en grave riesgo la vida y la salud de las mujeres que siguen las recomendaciones contenidas en el manual.⁹²

F. Mismos datos estadísticos, una lectura diferente

Existen dos argumentos muy utilizados por quienes persiguen la despenalización del aborto. Uno de ellos consiste en resaltar el número de abortos practicados en el país para concluir que resulta necesaria su legalización; y el otro hace hincapié en los índices de mortalidad materna a causa de los llamados abortos inseguros, concluyendo que se evitarían muchas muertes si se legalizara la práctica. Se analizarán a continuación dichas afirmaciones para determinar su verdadera fuerza argumentativa.

1) Índice de abortos practicados por año en la Argentina.

Más allá de la falacia que implica concluir que resulta necesario legalizar una conducta delictiva por su simple repetición, cabe asimismo poner de manifiesto la falta de sustento científico de que adolecen las estadísticas que reflejan la cantidad de abortos practicados por año en la Argentina.

La Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles publicada por el Ministerio de Salud de la Nación expresa que “por tratarse de una práctica clandestina no se dispone de datos precisos sobre el número de abortos inducidos que se producen en el país. Las estimaciones recientes indican que ocurren 460.000 abortos inducidos por año.⁹³ La única información disponible es el número de hospitalizaciones por complicaciones de aborto en los establecimientos públicos del país –en la que no se distingue entre abortos espontáneos y provocados– y representa sólo una fracción del total de los abortos que ocurren anualmente”.⁹³

La nota II a la cual remite la Guía aclara que el valor de abortos inducidos resulta de la utilización de dos métodos: el método de los egresos hospitalarios por complicaciones de aborto y el método residual.⁹⁴ Conviene entonces realizar

96 Jorge Nicolás LAFFERRIERE, Informe Técnico: Análisis del informe de Human Rights Watch: “¿Derecho o Ficción? La Argentina no rinde cuentas en materia de salud reproductiva, Centro de Bioética Persona y Familia, 2010, p. 5.

97 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, p. 105.

98 Jorge Nicolás LAFFERRIERE, p. 7.

99 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, p. 106

100 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, p. 110.

algunas consideraciones acerca de los métodos mencionados.

Método basado en egresos hospitalarios

Este método arriba al número total de abortos tras multiplicar el número de egresos hospitalarios (conforme estadísticas del Ministerio de Salud) por un coeficiente multiplicador que pretende corregir el resultado final atento que, se supone, no todos los abortos inducidos requirieron hospitalización.

El coeficiente multiplicador se elabora a partir de una encuesta de opinión a “informantes clave” tales como proveedores de servicios de salud reproductiva, y demás profesionales de la salud que permita dar cuenta de la práctica del aborto inducido y no registrado en las estadísticas hospitalarias. La encuesta indaga sobre el tipo de proveedores habituales de aborto, técnicas utilizadas, probabilidad de complicaciones y de que las mujeres que las sufrieron sean hospitalizadas.⁹⁵

Se observa claramente la fragilidad de las estadísticas resultantes de la aplicación de este método, dado el carácter “subjetivo” del multiplicador utilizado.⁹⁶ Esta subjetividad es reconocida por las mismas investigadoras quienes manifiestan que “el cálculo del multiplicador se basará, por tanto, en los conocimientos y percepciones que los encuestados han adquirido en la experiencia directa de trabajo”.⁹⁷ El único dato oficial y objetivo es el referido a la cantidad de egresos hospitalarios, el multiplicador en cambio se ha construido a partir de entrevistas

Defunciones maternas por causas de muerte, según grupo de edad de las fallecidas. Total del país. Años 2006 y 2007										
Grupo de edad de las fallecidas	2006					2007				
	Total de nacidos vivos	Defunciones maternas				Total de nacidos vivos	Defunciones maternas			
		Total	Abortos	Causas obstétricas directas	Causas obstétricas indirectas		Total	Abortos	Causas obstétricas directas	Causas obstétricas indirectas
Total	696.451	333	93	176	64	700.792	306	74	152	80
Menores de 15	2.766	5	1	4	-	2.841	4	-	2	2
15 a 19	103.885	33	7	19	7	106.720	32	10	16	6
20 a 24	174.342	45	13	20	12	174.679	58	20	21	17
25 a 29	176.931	79	28	40	11	175.632	63	19	25	19
30 a 34	139.003	81	19	40	22	139.393	74	12	42	20
35 a 39	73.177	62	18	36	8	73.532	50	7	30	13
40 a 44	19.866	27	7	16	4	19.879	22	5	15	2
45 y más	1.488	1	-	1	-	1.497	2	-	1	1
Sin especificar	-	-	-	-	-	6.619	1	1	-	-

101 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, p. 112.

102 Jorge Nicolás LAFFERRIERE, p. 7

personales, de datos subjetivos, todo lo cual quita validez científica al pretendido número final de abortos.⁹⁸

Método residual

Este método calcula índices para los principales determinantes próximos de la fecundidad midiendo el efecto que cada uno de ellos tiene sobre la fertilidad potencial, sobre la base de una tasa global de fecundidad observada en un momento histórico y para una sociedad determinada.⁹⁹

Los índices tenidos en cuenta como determinantes de la fertilidad potencial son: el matrimonio, el uso de anticonceptivos, el aborto inducido, y la infertilidad post-parto. Es decir, se calcula cuántos hijos podría tener una mujer fértil a lo largo de su vida y se aplican reducciones a esa tasa global de fecundidad para los casos en que no se tiene relaciones sexuales, se aborta, se utiliza la anticoncepción, o se es estéril luego del parto. Despejando las variables se concluye que el índice de aborto inducido resulta de la tasa global de fecundidad, dividida por los otros factores. A partir del índice de aborto como residuo se obtiene una tasa global de aborto que corresponde al promedio de abortos que tendría una mujer al término de su vida fértil.

La utilización de este método tampoco es certera en cuanto a sus resultados. Las mismas autoras reconocen que el promedio utilizado para la tasa de fertilidad potencial influye en el resultado del cálculo del coeficiente de aborto como residuo. Se trata entonces de una mera aproximación.¹⁰⁰ Finalmente concluyen que “las estimaciones del número de abortos obtenidas mediante el método residual podrían estar sobreestimadas”.¹⁰¹

103 Jorge Nicolás LAFFERRIERE, p. 8.

104 La Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires expresamente manifestó que “se utiliza para promover el aborto legalizado, la mayor morbimortalidad materna del aborto clandestino. Se debe puntualizar que si bien la morbimortalidad materna es mayor en estos últimos, no es exclusiva de ellos, pues el daño también es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo.” Declaración aprobada por el Plenario Académico, de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, en su Sesión privada del 28 de julio de 1994, publicada como solicitada en el Diario “La Nación” y “Clarín”, del 4.8.94. <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm>

105 Silvina RAMOS, Ariel KAROLINSKI, Mairana ROMERO & Raúl MERCER for the Maternal Mortality in Argentina Study Groupe, “A comprehensive assessment of maternal death in Argentina: translating multicentre collaborative research into action”, Bulletin of the World Health Organization, July 2007, 85 (7), p. 620., citado por Jorge Nicolás LAFFERRIERE, p. 9.

Conclusión

Así, puede sostenerse que las estadísticas sobre aborto reflejadas a partir de la utilización de estos métodos son, “cuanto menos, cuestionables en su razonabilidad y por tanto no pueden ser utilizadas por el Congreso de la Nación para tomar medidas legislativas en una materia tan delicada”,¹⁰² ni mucho menos pueden avalar una pretendida legalización de la práctica.

2. Índices de mortalidad materna a causa de los llamados abortos inseguros.

Otro de los argumentos esgrimidos por quienes buscan la despenalización del aborto consiste en sostener que la ilegalidad del mismo conduce a una práctica insegura, aumentando de este modo los índices de mortalidad materna. Concluyen que el “aborto inseguro” es uno de los factores más importantes de defunciones maternas, agregando que su legalización garantizaría la práctica en óptimas condiciones médicas y sanitarias.

Lo cierto es que los datos desmienten esta afirmación. El Ministerio de Salud de la Nación publicó la siguiente estadística:

Fuente: Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Estadísticas e Información de Salud (DEIS).

Conforme surge del cuadro se observa que en el año 2006 el total de defunciones maternas fue de 333 siendo 93 a causa de aborto, y el total de defunciones en el año 2007 fue de 306 siendo 74 las muertes a consecuencia de aborto. Para lograr una mayor comprensión de la incidencia real del factor aborto como causa de defunciones maternas es importante tener presente que el total de defunciones de mujeres durante el 2007 fue de 149.698 y el mayor número de muertes se produjo por enfermedades del sistema circulatorio (47.879), tumores (27.818) y enfermedades del sistema respiratorio (24.253).¹⁰³ Ello pone en evidencia que el

106 El Proyecto consta de cuatro partes: Título I “Presupuestos mínimos para la protección integral de la familia y la vida. Principios de la política familiar argentina”; Título II “Régimen de reconocimiento y protección especial a la familia numerosa”; Título III “Protección integral de la mujer embarazada y de los derechos de los niños por nacer”; Título IV “Disposiciones complementarias”.

107 La Red Federal de Familias es una red de instituciones, entidades y personas que sin perder su autonomía trabajan y comparten un mismo ideario. Este ideario incluye a) el respeto y la protección de la vida humana en todas las etapas de su desarrollo, desde la concepción y hasta la muerte natural; b) la estructura natural de la familia fundada en el matrimonio de un varón y una mujer, abierto a la transmisión de la vida; c) el derecho y el deber originarios de los padres a educar a sus hijos conforme sus convicciones morales y religiosas; d)

aborto está lejos de constituir la causa principal de fallecimientos.

Lo manifestado no implica desconocer el deber del Estado de reducir la tasa de mortalidad materna –ya que cada una de las vidas que se pierde constituye un daño irreparable– empero, es importante analizar correctamente los datos que proporciona la misma realidad, para arribar a las soluciones que realmente permitan este objetivo.

En efecto, son los datos objetivos los que ponen de manifiesto que la legalización del aborto no resulta una solución apropiada. En primer lugar, porque el aborto implica en sí mismo un riesgo para la madre, es decir, no existen abortos “seguros”.¹⁰⁴ Y en segundo lugar, porque ha sido reconocido por la misma Organización Mundial de la Salud que “la estructura del hospital es la más importante variable para determinar el riesgo de muerte materna. La disponibilidad de cuidados obstétricos esenciales, emergencias activas y especialistas juegan un rol importante en prevenir estas muertes”.¹⁰⁵

Se desprende de todo lo expuesto que la solución, lejos de encontrarse en la legalización del aborto, viene de la mano de una mejora de los servicios médicos y de sus condiciones sanitarias y de una mayor y mejor atención, tanto de la mujer embarazada como de la persona por nacer.

Recae por tanto sobre el Estado, la obligación de proveer servicios adecuados de salud materna, y la obligación de garantizar el acceso efectivo a dichos servicios a todas las mujeres, en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

G. Propuesta legislativa: “Ley de Protección Integral de los Derechos Humanos de la Mujer Embarazada y de las Niñas y los Niños por Nacer”.

En la Cámara de Diputados de la Nación se ha impulsado el proyecto de ley llamado “Régimen de Protección Integral de los Derechos Humanos de la Mujer Embarazada y de las Niñas y los Niños por Nacer” bajo el Expediente N° 8516 – D – 2010. Este proyecto fue extraído de la Iniciativa Popular “Protección Integral de la Familia”¹⁰⁶ impulsada por la Red Federal de Familias.¹⁰⁷

El Proyecto pretende brindar protección tanto a la persona por nacer como a la mujer embarazada. Se trata de una propuesta que ofrece una solución integral que contempla los derechos de todos los sujetos involucrados; que apuesta a la vida y no a la muerte como mejor salida ante situaciones de conflicto; y que reconoce el valor de la vida y de la dignidad de todo ser humano como eje central de protección y, por tanto, de toda legislación. Sus fundamentos se encuentran en la vigencia y en la necesidad de promoción de los derechos hu-

la procura y promoción del bien común como deber de gobernantes y gobernados. <http://www.redfederaldefamilias.org/>

manos, comenzando por el derecho más elemental que es el derecho a la vida, reconocido por numerosos tratados internacionales, y protegido por la legislación nacional y la jurisprudencia argentina.

Características del proyecto:

Alcance de la garantía de protección: la protección contemplada por el proyecto legislativo se extiende a las mujeres embarazadas y a los niños por nacer, entendiéndose por tales a todo ser humano desde el momento de la concepción o fertilización del óvulo, hasta su efectivo nacimiento.

Interés superior: consagra al interés superior del niño como el principio rector que asegura la máxima satisfacción de los derechos a ellos reconocidos, prevaleciendo éstos en caso de conflicto con otros derechos igualmente reconocidos. La consagración de este principio se encuentra en plena concordancia con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3.1 establece que todas las medidas concernientes a los niños que adopten las autoridades, deberán atender a su interés superior.

Derechos y garantías: reconoce a todo niño el derecho inalienable a la vida como primer derecho humano, fuente y origen de todos los demás. Reconoce asimismo el derecho a la igualdad de oportunidades y a ser protegido contra cualquier tipo de discriminación o selección en razón de su patrimonio genético, etapa de su desarrollo, características físicas, biológicas o de cualquier otra índole; considerando particularmente agravante y discriminatorio que se califique a los niños por nacer como “deseados” o “no deseados”.

Alternativa ante embarazos provenientes de un delito contra la integridad sexual: propone que la mujer embarazada a consecuencia de un delito contra su integridad sexual sea acreedora, desde el momento de la concepción y durante todo el período gestacional, a una asignación especial. Asimismo prevé que dicha asignación se extienda hasta que el niño cumpla los 18 años de edad, en caso de que la madre decida asumir su crianza y educación. En caso contrario, se prevé la aplicación de medidas urgentes tendientes a favorecer la adopción o guarda por una familia, resultando la misma acreedora de la asignación especial.

Sistema de protección integral: el sistema propuesto estaría conformado por todos aquellos organismos del ámbito nacional, provincial y municipal destinados a la promoción, prevención y asistencia de los derechos de la mujer embarazada y de los niños y niñas por nacer. Prevé la creación de

un Centro de Asistencia a la Mujer Embarazada, integrado por personal interdisciplinario y especializado, que deberá funcionar en cada hospital público, y cuya finalidad será brindar asesoramiento y apoyo a las mujeres que cursen embarazos conflictivos, o se encuentren en situación de riesgo psicofísico, social o económico. Dispone entre las prestaciones básicas del Sistema (i) la atención directa durante las 24 horas y el acompañamiento de la mujer embarazada con problemas; (ii) el asesoramiento e información sobre apoyos públicos y privados que ayuden a llevar a buen término el embarazo; (iii) el seguimiento de los casos atendidos; (iv) una especial atención a las embarazadas adolescentes; (v) y según los casos, una asistencia especial que provea de asistencia médica, psicológica y jurídica gratuitas, apoyo en la búsqueda de empleo y de guardería, alojamiento en casas de acogida de emergencia, entrega de enseres y material para el cuidado del bebé, alimentos infantiles, etc. Prevé finalmente el otorgamiento de una asignación universal por hijo por nacer consistente en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonaría a la mujer durante todo el curso del embarazo.

Conclusión

El 30 de septiembre de 2010, en su Plenario Académico, la Academia Nacional de Medicina manifestó que

[f]rente a algunas manifestaciones recientes a favor de legalizar el aborto [...] [ésta] quiere recordar que [...] la salud pública argentina necesita de propuestas que cuiden y protejan a la madre y a su hijo, a la vida de la mujer y a la del niño por nacer. La obligación médica es salvar a los dos, nada bueno puede derivarse para la sociedad cuando se elige a la muerte como solución. Si el aborto clandestino es un problema sanitario corresponde a las autoridades tomar las mejores medidas preventivas y curativas sin vulnerar el derecho humano fundamental a la vida ...¹⁰⁸

Así, partiendo de un reconocimiento irrestricto de los derechos humanos, y basándose en políticas de respeto a la dignidad humana y de promoción de la familia y de la vida, el proyecto de ley que hoy se encuentra en el Congreso de la Nación ofrece soluciones integrales y previene situaciones de conflicto, resultando de este modo una alternativa que protege los derechos de todos los sujetos invo-

dico_defienden_al_niño_por_nacer_y_toda_vida_

109 Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.

lucrados, y que se enmarca dentro de los principios fundamentales que inspiran todo el ordenamiento jurídico argentino.

IV. Salud sexual, salud reproductiva y derecho a la vida. Consideraciones acerca de su tratamiento en la legislación nacional e internacional

A. Programas gubernamentales: breve repaso por la legislación nacional

En el presente capítulo se expondrá brevemente la legislación nacional argentina que regula lo relativo a la salud sexual y reproductiva, tratando de desentrañar el alcance real de sus disposiciones.

110 Esta definición coincide con la consagrada en la Constitución de 1946 de la Organización Mundial de la Salud.

<p>Ley 25.673</p> <p>Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.</p>	<p>Mediante la sanción de esta ley se creó en el año 2002 el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, dentro del ámbito del Ministerio de Salud de la Nación. La misma dispone que su aplicación e implementación esté a cargo de los gobiernos provinciales, previa suscripción de un convenio con el Gobierno Nacional, siendo éste el encargado de orientar y asesorar técnicamente, asignar recursos, transferir insumos y brindar capacitación.</p> <p>Objetivos: Los objetivos que se mencionan son: a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable, con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia; b) Disminuir la morbimortalidad materno–infantil; c) Prevenir embarazos no deseados; d) Promover la salud sexual de los adolescentes; e) Contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/SIDA y patologías genitales y mamarias; f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable.</p> <p>Modelo de atención propuesto para el logro de los objetivos: El modelo de atención previsto se basa en la implementación de un sistema de control para la detección temprana de enfermedades de transmisión sexual, como asimismo en la prescripción y suministro de métodos anticonceptivos. Estos métodos deberán ser de carácter reversible, no abortivo y transitorio, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT.¹⁰⁹</p> <p>Objeción de conciencia institucional: La ley prevé que las instituciones privadas de carácter confesional que brinden servicios de salud puedan exceptuarse del cumplimiento del suministro de métodos anticonceptivos.</p>
---	--

111 Germán BIDART CAMPOS, *Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003, La Ley*, 2003 – C, p. 1.235.

112 Idem, p. 1235.

113 Conforme artículo 19 de la Constitución Nacional y artículo 1071 del Código Civil.

114 Declaración interpretativa realizada por la Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto del artículo 24 inc. f) que establece el deber del Estado de “Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”.

115 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26.3.

-
- 116 Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, “Un tribunal que Honró su Fuero. Nota a Fallo Ejemplar del Tribunal de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2, San Isidro. “A y otros c/Municipalidad de Vicente López s/Amparo” (expte. 6623), 27 de septiembre de 2001”, RFC 2002, Ed. Dike Mza., Revista 51, p. 61.
- 117 Artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 118 La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión se encuentra expresamente reconocida en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todas normas que gozan de jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina.
- 119 “Bahamondez, Marcelo” 6/4/93, La Ley 1993-D, 130; citado por Ana Lía BERCAITZ DE BOGGIANO, La Objeción de conciencia como ejercicio legítimo de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, La Ley, 1995, Tomo B, p. 1.287.

120 Academia Nacional de Medicina, Declaración aprobada por el Plenario Académico en su sesión del 28 de septiembre de 2000. <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm#En el ejercicio de su profesión>. En dicho plenario también agregó que la ley 418 “obliga a los médicos a prescribir métodos anticonceptivos, entre los cuales algunos son considerados abortivos, a mujeres en edad fértil, incluyendo adolescentes, aún en desconocimiento de sus padres. (...) [y que] la Academia Nacional de Medicina ratifica su opinión (...) respecto al derecho a la vida de la persona humana desde el momento de la concepción y el rechazo a todo método que interrumpa el embarazo”.

121 Resolución N° 004405, del Ministro de Salud de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Claudio

Zin, con fecha de 26 de noviembre de 2008.

122 Ver en el presente trabajo “Un precedente jurisprudencial de enorme trascendencia”.

123 Cita Fallos Corte, 316:479, considerando 10.

124 Informe del Departamento de Bioética, Facultad de Ciencias Biomédicas, Universidad Austral (10–VIII–2000), p. 17.

125 Cita Fallos Corte, 316:479, considerando 10.

126 C. Ignacio de CASAS, “El sometimiento de la Administración al Orden Jurídico. Notas a partir del caso Portal de Belén”, La Revista del Foro de Cuyo, suplemento mensual abril 2004, p. 12.

127 *Idem*, p. 6.

128 Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 1.2 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su declaración interpretativa.

129 En el marco de las Naciones Unidas se celebraron cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer (México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985 y Beijing 1995) con el objetivo de promover el adelanto de la mujer tanto en la esfera pública como privada.

130 La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo se celebró en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994.

131 La misma disposición es adoptada por el Informe de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en su párrafo 106, inc. k).

132 <http://www.mujer.gov.ar/decl3.htm>

133 Idem.

<p>Decreto N° 1282/2003</p> <p>Decreto Reglamentario de la Ley 25.673.</p>	<p>En el año 2003 se sanciona el Decreto que reglamenta el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable.</p> <p>Autoridad de aplicación: dispone que sea el Ministerio de Salud de la Nación la autoridad de aplicación encargada del asesoramiento técnico de los programas provinciales, centrándose principalmente en las actividades de información, orientación sobre métodos y elementos anticonceptivos y la entrega de éstos, así como el monitoreo y la evaluación.</p> <p>Salud Reproductiva: el decreto define a la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias.¹¹⁰</p> <p>Patria Potestad: afirma que la ley no pretende sustituir a los padres en el asesoramiento y educación sexual de sus hijos menores de edad, sino que el propósito es el de acompañar a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. Reconoce que es misión de los padres el orientar, sugerir y acompañar a sus hijos en todo lo relativo a la educación sexual.</p> <p>Métodos y productos anticonceptivos: distingue entre métodos naturales y no naturales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Métodos naturales: son aquellos vinculados a la abstinencia periódica los cuales deben ser especialmente informados. • Métodos no naturales: dispone que todo producto anticonceptivo deberá ser de carácter reversible, no abortivo y transitorio, recayendo sobre la ANMAT el deber de comunicar al Ministerio de Salud cada seis meses la aprobación y baja de dichos métodos y productos. <p>Objeción de conciencia individual: dispone que se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, tanto en el sector público como privado.</p>
--	--

<p>Ley 26.130</p> <p>Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica.</p>	<p>Sancionada en el año 2006, dispone que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía"; agregando dichas prácticas al Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable como método de planificación familiar y/o anticoncepción.</p> <p>Consentimiento informado: exige como requisito inexcusable que el interesado otorgue su consentimiento informado, no requiriendo el consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en el caso de persona declarada judicialmente incapaz. El profesional médico interviniente debe informar acerca de: a) la naturaleza e implicancias de la práctica sobre la salud; b) las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; y c) las características del procedimiento, sus posibilidades de reversión sus riesgos y consecuencias.</p> <p>Gratuidad: dispone que las intervenciones deben ser realizadas sin cargo para el requirente en los establecimientos del sistema público de salud.</p> <p>Objeción de Conciencia: dispone que toda persona, ya sea médico o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna; sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades del establecimiento asistencial de prever los reemplazos necesarios.</p>
<p>Resolución 232/2007 del Ministerio de Salud.</p> <p>Incorporación de la Anticoncepción Hormonal de Emergencia (AHE) como método anticonceptivo hormonal.</p>	<p>Esta resolución del Ministerio de Salud de la Nación se encuentra dentro del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.</p> <p>Dispone que la Anticoncepción Hormonal de Emergencia (AHE) sea incluida en el Programa Médico Obligatorio (PMO) como método anticonceptivo hormonal.</p> <p>Dispone una cobertura del 100 % de:</p> <p>LEVONORGESTREL, Comprimidos 1,5 mg., envase por 1 comprimido.</p> <p>LEVONORGESTREL, Comprimidos 0,75 mg., envase por 2 comprimidos.</p>

¿Cuál es el alcance real de las disposiciones legales enunciadas?