



**TRABAJO FINAL DE GRADUACION**

**“Aborto. La cuestión constitucional”**

José María H. Aranguren

Año 2019

## RESUMEN

Este trabajo final de graduación es una investigación que profundizará en los criterios constitucionales existentes en relación a la pretensión de nuestros legisladores de convertir al aborto en una práctica no punible con la presentación de un Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Se tomará como material el último proyecto presentado el 7 de junio de 2018.

El problema jurídico se suscita desde la materia constitucional al avanzar el Poder Legislativo en este ámbito, al ser posibles de afectación derechos fundamentales protegidos por la Constitución Nacional como lo es el derecho a la vida.

Se indagará sobre la protección que en el Bloque de Constitucionalidad se propina al derecho a la vida y desde qué momento: en el articulado de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Nacional Argentina, en la jurisprudencia establecida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se analizará si el referido proyecto legislativo que despenaliza el aborto, podría progresar dentro de nuestro ordenamiento constitucional al ser posible de afectar ciertos derechos fundamentales.

Se abordará la temática desde la teoría general de los derechos fundamentales y el principio general de razonabilidad.

Palabras clave: tratados internacionales, derecho a la vida, derechos fundamentales, aborto, principio de razonabilidad, derecho a la salud.

### **ABSTRACT**

This final graduation work is an investigation that will deepen the existing constitutional criteria in relation to the claim of our legislators to make abortion a practice that is not punishable by the presentation of a Voluntary Termination of Pregnancy Act. The last project submitted on June 7, 2018 will be taken as material.

The legal problem arises from the constitutional matter by advancing the Legislative Power in this area, as fundamental rights protected by the National Constitution, such as the right to life, may be affected.

It will inquire about the protection that the Constitutionality Block proposes to the right to life and from what moment: in the articles of the International Human Rights Treaties, in the Argentine National Constitution, in the jurisprudence established in the decisions of the Court Supreme Court of Justice of the Nation and those of the Inter-American Court of Human Rights. It will be analyzed if the aforementioned legislative project that decriminalizes abortion, could progress within our constitutional order by being liable to affect certain fundamental rights.

The theme will be approached from the general theory of fundamental rights and the general principle of reasonableness.

Keywords: international treaties, right to life, fundamental rights, abortion, principle of reasonableness, right to health.

**“ABORTO. LA CUESTION CONSTITUCIONAL”**

José María H. Aranguren

**INDICE**

<b>I.</b>	<b>Introducción</b> .....	<b>07</b>
<b>II.</b>	<b>Capítulos</b>	
<b>*</b>	<b>Capítulo I. El derecho a la vida en el Bloque de Constitucionalidad</b>	
	Introducción .....	10
1.1	El derecho a la vida en la Constitución Nacional Argentina.....	10
1.2	Consideraciones preliminares. Los tratados de Derechos Humanos...	13
1.2.1	Las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	13
1.2.2	La “interpretación auténtica” de los tratados de Derechos Humanos...	14
1.2.3	Los sistemas de control de los tratados de Derechos Humanos.....	17
1.2.4	Marco de competencia de los órganos de vigilancia de los tratados....	19
1.3	El derecho a la vida en el articulado de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al art. 75° Inc. 22° .....	21
1.3.1	La Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre.....	22
1.3.2	La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	24
1.3.3	La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.....	25
1.3.4	El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.....	29

1.3.5	La Convención de los Derechos del Niño.....	31
1.4	La protección incremental del feto .....	36
	Conclusión parcial .....	37
*	<b>Capítulo II: los Derechos Humanos Fundamentales. El derecho a la salud de la mujer y los tratados internacionales de Derechos Humanos</b>	
	Introducción .....	40
2.1	Derechos Fundamentales y Derechos Humanos.....	40
2.2	El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	45
2.3	La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	48
2.4	El derecho a la privacidad y a la autonomía de la mujer.....	51
	Conclusión parcial .....	54
*	<b>Capítulo III: la ponderación de los Derechos Fundamentales. La aplicación del Principio de Razonabilidad</b>	
	Introducción .....	56
3.1	Ponderación de derechos.....	56
3.2	Una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales.....	61
3.3	La Corte Suprema de Justicia y el Principio de Razonabilidad.....	63
3.4	La doctrina del Doble Efecto.....	67
	Conclusión parcial .....	69
*	<b>Capítulo IV: El Proyecto de Consenso sobre la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) del 7/6/2018.</b>	

---

Introducción .....	71
4.1 Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE): un título eufemístico	72
4.2 Análisis del articulado .....	74
4.3 Aborto: ensayando una fórmula de aplicación del Principio de Razonabilidad .....	81
Conclusión parcial.....	83
III. <b>Conclusiones finales</b> .....	85
IV. <b>Anexo.</b>	
<b>Algunas consideraciones de carácter sociológico</b> .....	90
V. <b>Referencias</b>	
Bibliografía.....	94
Legislación.....	99
Jurisprudencia.....	100

## I.- INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo el tema de la despenalización del aborto ha suscitado en la sociedad argentina debates, discusiones, proyectos en el ámbito legislativo, argumentos a favor y en contra, aunque de una manera tímida y que ha pasado casi desapercibida para el común de la sociedad argentina.

Distinto es el punto de partida que se generó el 22 de febrero de 2018, cuando el gobierno nacional en ejercicio del Poder Ejecutivo habilitó en la primera reunión de coordinación de la agenda parlamentaria de ese año el tratamiento del proyecto para la despenalización del aborto. El auge en las redes sociales, el activismo feminista, la gran cantidad de legisladores tanto oficialistas como opositores y funcionarios del poder ejecutivo involucrados en el tema, la presión de fundaciones nacionales e internacionales, el gran protagonismo de variadas ONG y de colectivos sociales y el importante desarrollo que ha registrado la defensa de los derechos humanos, encendió las pasiones relacionadas con el tema en toda la sociedad argentina hasta límites de debate y enfrentamiento insospechados entre los partidarios de la despenalización del aborto y los sectores contrarios a la misma.

En este trabajo final de graduación se abordará el tema de la despenalización del aborto desde la materia constitucional, planteando el problema que se podría suscitar en esta órbita en el caso de que los legisladores promulguen un Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

-¿La sanción por parte del Poder Legislativo de la Nación de un proyecto que legalice el aborto, sería inconstitucional?

A fin de responder la pregunta planteada, el objetivo general será entonces analizar si el último proyecto elaborado y presentado que tuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación el 14 de junio de 2018 que despenaliza el aborto bajo cualquier causal hasta la semana 14 de gestación y a partir de la semana 15 con varias causales, puede llegar a ser declarado inconstitucional.

Los objetivos a alcanzar para llegar a resolver el problema, estarán relacionados con cuestiones tales como el grado de tutela que proporciona nuestro bloque de constitucionalidad federal al derecho a la vida y desde qué momento, cómo ha entendido la jurisprudencia internacional en las cuestiones de aborto, los derechos de la mujer a la luz de los Tratados

Internacionales con jerarquía constitucional, y abordar el supuesto en el que los derechos fundamentales se contrapongan y se deba realizar una ponderación entre los mismos.

La temática abordada reviste un carácter relevante ante la posibilidad de que la aprobación del proyecto de ley que despenaliza el aborto votado en el Congreso en las sesiones del año 2018, pueda avanzar sobre principios fundamentales incorporados en nuestro ordenamiento constitucional.

La hipótesis de trabajo de la que se partirá en consecuencia será la de si el Poder Legislativo de la Nación aprueba en futuras sesiones el Proyecto de Interrupción Voluntaria del Embarazo de junio 2018, el mismo sería pasible de ser declarado inconstitucional por avanzar sobre derechos contemplados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos que gozan de rango constitucional.

El punto de partida será analizar la protección que brinda el bloque de constitucionalidad al derecho a la vida y a partir de qué momento. Se indagará en el análisis de la protección a los derechos fundamentales tales como el derecho a la vida y a la salud, para sumergirnos en nuestro bloque de constitucionalidad, abordando la cuestión de la importancia que revisten el articulado, las recomendaciones y las sentencias de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Se estudiará la tutela y recepción que tienen en los mencionados instrumentos, derechos fundamentales tales como el derecho a la vida. Se analizará cómo interacciona éste con otros derechos que pueden entrar en contradicción, y las herramientas de que dispone el derecho ante la eventualidad de tener que realizar una ponderación entre los mismos.

La cuestión de la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto se pondrá en análisis al describir el articulado de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de las leyes de ratificación de los mismos en el derecho interno argentino y de la Constitución Nacional, en los que se haga referencia en forma explícita o implícita al derecho a la vida y a la salud, y la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional hacen de los mismos.

Se analizará desde la teoría general de los derechos fundamentales el juicio de ponderación y los mecanismos del principio general de razonabilidad y de proporcionalidad, a fin de examinar en qué momento se afecta el contenido esencial de un derecho y esta acción es pasible de ser declarada inconstitucional.



La metodología empleada para la investigación de esta hipótesis es la cualitativa. Se buscará indagar y profundizar en el articulado de la normativa del bloque de constitucionalidad (Constitución Nacional y Tratados Internacionales de DDHH), la interpretación que realiza la doctrina y la jurisprudencia del máximo tribunal de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El presente trabajo final de graduación está estructurado en cuatro capítulos, que en forma progresiva nos permitirán incursionar en el tema planteado. En el capítulo I se analizará el articulado de la Constitución Nacional (CN) y el de los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad federal en relación al derecho a la vida y desde qué momento aquellos le proporcionan protección. Cómo lo han abordado los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (IIDH). En el capítulo II se planteará la cuestión relacionada con los derechos humanos fundamentales en términos generales, la protección del derecho a la salud de la mujer y otros derechos invocados por ésta en el marco de la elaboración del proyecto de despenalización del aborto, como así también el derecho y la protección que le asisten al nasciturus. En el capítulo III se desarrollará la temática del momento en que los derechos fundamentales son posibles de que entren conflicto, si este conflicto es tal y las herramientas que utiliza el derecho para encontrar alternativas superadoras. Finalmente en el capítulo IV, se abordará el articulado del proyecto de consenso de la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) del 7 de junio de 2018 y la viabilidad del mismo a la luz del Principio de Razonabilidad.

El tipo de estudio que se utilizará será el exploratorio con el tipo descriptivo. Se procederá a evaluar con esta metodología, los diversos aspectos del análisis sometido a proceso. En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán las de análisis documental y de análisis de contenido, por ser las técnicas cualitativas más empleadas en los trabajos jurídicos.

Se tomará como punto de partida el año 1994, en el que se reformó la Constitución de Nación Argentina y se incorporaron a la misma los tratados internacionales de derechos humanos.

## II.- CAPÍTULOS

### Capítulo I

#### El Derecho a la vida en el Bloque de Constitucionalidad

##### Introducción

En este capítulo analizaremos las referencias al derecho a la vida humana y su protección que se mencionan implícita y explícitamente en nuestro bloque de constitucionalidad, tanto en el articulado de la Constitución Nacional Argentina como en el de los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados en su art. 75° inc. 22°.

También haremos referencia a los instrumentos jurídicos que emiten los organismos de control de los mencionados tratados y que interpretan el alcance de los derechos presentes en el articulado de los mismos, como así también sus observaciones y recomendaciones.

Antes de iniciar el análisis de este capítulo, es necesario aclarar el hecho de que cuando se emplea aquí el término “vida”, se hace referencia a “vida humana”. El autor de este trabajo entiende que carece de sentido establecer una diferenciación entre ambos. “La esencia de la humanidad deriva de la particular carga genética contenida en los cromosomas de las células germinales, y no de otras circunstancias. Esa carga genética distingue al ser humano de las demás especies y hará que el ser, una vez desarrollado, sea humano, y no un mono, un águila o un camello” (Peyrano, 2003, p.6).

##### 1.1 El derecho a la vida en la Constitución Nacional Argentina.

La constitución no contiene una norma expresa sobre el derecho a la vida. No se menciona en la enumeración de derechos del art. 14°, aunque existe una referencia en el art. 29° en el que se menciona la prohibición del Congreso de conceder a los órganos de ningún poder del Estado “sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”<sup>1</sup>. “Así, pues, aunque en sentido estricto no se los menciona como derechos, la vida, el honor y las fortunas aparecen como valores merecedores de protección especial” (Gelli, 2018, p. 632).

---

<sup>1</sup> Art. 29 - Constitución de la Nación Argentina.

Siguiendo a Badeni (1994), la doctrina nacional refleja que el derecho a la vida surge del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como centro del sistema de la democracia liberal. “El derecho a la vida parte, en el sistema argentino, de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de los preceptos constitucionales” (Badeni, 1994, p. 317).

El derecho a la vida entonces parece considerarse prácticamente como un derecho explícito en el art. 29° y “captado por el art. 33°, como derecho natural supraconstitucional” (Sagüés, 2007, p. 641).

En el art. 33° podemos encontrar también los signos del techo axiológico iusnaturalista de la Constitución, donde “la constitución ha constitucionalizado al derecho natural, al reconocer a las personas derechos no enumerados, pero superiores a los de cualquier texto de derecho positivo, inherentes a su condición de ser humano, que forman el derecho natural de los individuos y las sociedades, resultando superiores y anteriores a la Constitución misma” (Sagüés, 2012, p. 2).

Cuando citamos el art. 33° de nuestra Carta Magna en el que se hace mención a los derechos no enumerados, es factible considerar al derecho a la vida como formando parte de manera implícita en aquel. El sentido del artículo quedó plasmado en el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853, en la que se estableció que

los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza (...) no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar. (Gelli, 2018, p. 630)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) por su parte, ha plasmado en sus fallos a la vida como primer derecho natural y preexistente a toda legislación positiva (Gelli, 2018). Esta afirmación se puso en evidencia en dos fallos en los que el tribunal pone de relieve la preexistencia del derecho esencial a la vida y a la dignidad de las personas como anteriores a todo ordenamiento jurídico: “*Saguir y Dib*”<sup>2</sup>, en el que autoriza un trasplante de órganos no admitido por ese entonces por la ley vigente; y “*Amante, Leonor y otros*

---

<sup>2</sup> CSJN – Fallos 302:1284

*c/Asociación Mutual Transporte Automotor*”<sup>3</sup> que juzga arbitraria una sentencia que negó la indemnización a los familiares de una persona fallecida, a la que se le había negado el ingreso a un instituto asistencial porque el enfermo no había presentado su carnet de afiliación.

Con la reforma constitucional concretada en el año 1994 y mediante la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75° Inc. 22°, es posible hacer referencia al derecho a la vida en nuestra Carta Magna ya en forma explícita, a través del propio articulado de los tratados, y en el que la protección al referido derecho adquiere mayor intensidad.

La legislación internacional existente -incorporada en las condiciones de su vigencia y que forma parte del bloque de constitucionalidad federal- modifica radicalmente el sistema de fuentes del orden jurídico argentino, ciñendo a los jueces del sistema judicial nacional dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que implica un deber imperativo de respetar la letra de los tratados.

La actual y firme protección propinada a la vida humana a partir de la reforma de 1994, abre un abanico de perspectivas de análisis en el que el derecho a la vida se relaciona e interactúa con otros derechos fundamentales objeto de protección constitucional, relacionados tanto con los sujetos objeto de la mencionada protección, como con el tipo de derecho invocado.

La consecuencia que a ojos vista parece ser la más importante de la jerarquía constitucional otorgada a los tratados internacionales de Derechos Humanos en cuanto al derecho a la vida, es que ya no sólo disponemos de los derechos implícitos del art. 33° o al derecho natural, sino que ahora es posible recurrir al articulado del derecho positivo constitucional (Aden et al., 2012).

Igual mención en el tema que nos ocupa merece el art. 75° inc. 23° de la CN donde en su último párrafo expresamente habla de la protección que se le debe a la vida del niño en situación de desamparo “desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental”, para luego referirse a la madre como objeto también de la mencionada protección. Algunos autores refieren que esta disposición no es muy adecuada técnicamente, ya que genera cierta confusión, debido a que no se puede equiparar el término “embarazo” con el de

---

<sup>3</sup> CSJN – Fallos 312:1953

“concepción” (Gelli, 2018). Justamente los equívocos se debieron a los intensos debates en la Convención Constituyente de 1994 respecto a las seguridades que merecía el derecho a la vida desde sus comienzos y en relación a la cuestión controversial del aborto voluntario (Gelli, 21018). “Por eso, la norma sancionada reflejó una solución de compromiso entre posiciones antagónicas e irreconciliables y, al recurrir al término *embarazo*, se lo quiso diferenciar pero no tanto, de *la concepción*.” (Gelli, 2018, p. 291)

## **1.2 Consideraciones preliminares. Los tratados de Derechos Humanos.**

### **1.2.1 Las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.**

En este apartado y a modo de introducción se mencionará el articulado de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), que hacen a las reglas de interpretación tradicional de los tratados internacionales. Las reglas consuetudinarias de interpretación de los tratados internacionales fueron codificadas en el principal cuerpo normativo del derecho de los tratados: la CVDT (1969) o Convención de Viena, ratificada por Argentina en 1972 mediante la ley n°19865.

Conforme al artículo n°31 de la CVDT<sup>4</sup>, todo tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos que utiliza en su contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin, salvo que conste la intención de las partes de otorgar un sentido especial a un término específico.

El artículo también se refiere al contexto del tratado en su apartado segundo, el cual estaría conformado -además de su texto, preámbulo y anexos- por los acuerdos adoptados entre todas las partes y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por éstas como referente al mismo.

---

<sup>4</sup> Artículo 31. Ley n°19865 de aprobación de la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados" (3/10/1972). Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

En su apartado tercero, se menciona que además del contexto, también se deberá tener en cuenta todo acuerdo y práctica ulterior y toda forma de derecho internacional aplicable entre las partes.

Finalmente, la CVDT contempla medios complementarios de interpretación en su artículo 32<sup>5</sup>, mencionando que se podrá recurrir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, en casos en que de la aplicación del artículo 31° surja ambigüedad u oscuridad de sentido, o un resultado absurdo o irrazonable.

### **1.2.2 La “interpretación auténtica” de los tratados de Derechos Humanos.**

Puede decirse que extenso es el debate suscitado desde la doctrina y reflejado en diferentes fallos de la CSJN, relacionado con la incidencia en el derecho argentino de los instrumentos producidos por los órganos de control de los tratados de Derechos Humanos. Por un lado se encuentran los que señalan que estos instrumentos poseen jerarquía constitucional o supraconstitucional, y por otro los que relativizan el valor que las mismas tienen en nuestro derecho interno.

Ocantos (2012) distingue dos posiciones doctrinarias a su criterio paradigmáticas. Por una parte, la del Dr. Rolando Gialdino<sup>6</sup>, creador del concepto de “interpretación auténtica”, cuando se refiere a que los diversos Comités de control de los tratados “aparecen como fuentes de la única ‘interpretación autorizada’ de los textos internacionales” (Gialdino, 2008, citado por Ocantos, 2012, p.10). Distingue entre las fuentes de carácter no jurisdiccional (sistema de informes y de peticiones) y las de control jurisdiccional, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En ambos casos Gialdino, -con fundamentos en jurisprudencia de la CSJN en el caso “Girolidi” y con disposiciones de la Corte Europea de Derechos Humanos- considera que lo dispuesto en ambos instrumentos es obligatorio para el derecho interno del Estado.

---

<sup>5</sup> Artículo 32. Ley n°19865 de aprobación de la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados" (3/10/1972). Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

<sup>6</sup> Abogado. Doctor de la UBA. Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Derecho del Trabajo y de Derechos Humanos. Representante de dicha Corte ante la Comisión para la Democracia por el Derecho (llamada Comisión de Venecia), del Consejo de Europa.

A esta posición, se contraponen la de la Procuración General de la Nación en el caso A.J.E.<sup>7</sup>. El Procurador Esteban Righi<sup>8</sup> analiza sólo el valor en nuestro derecho de las sentencias de la Corte IDH, aunque Ocantos (2012) señala que sus argumentos pueden ser trasladados por analogía a las demás fuentes. En su desarrollo, el Procurador cita el art. 68° Inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que establece que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, expresando que “estas resultan obligatorias para el caso en que son dictadas y (...) no tienen efectos generales, erga omnes, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado, ya que ello no surge del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos” (Righi, 2010, citado por Ocantos, 2012, p.11). El Procurador luego fundamenta sus dichos con el art. 116° de la CN, en donde se establece que la CSJN “es el último intérprete del derecho constitucional, y ello incluye también a los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad” (Righi, 2010, citado por Ocantos, 2012, p.11).

Ocantos (2012) resalta el hecho de que Righi elabora la doctrina del “deber de consideración” que consiste en -primero- verificar si existe jurisprudencia tanto de la Corte IDH como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que se haya expedido sobre el tema en cuestión; y luego examinar si nuestro ordenamiento constitucional contiene razones jurídicas que se opongan a la doctrina del órgano internacional. Si existieran, deben ser enunciadas como fundamento del motivo por el que no se sigue la jurisprudencia del tribunal internacional, bajo el riesgo de caer en arbitrariedad.

Sagües (2018) habla de dos niveles en los que la adecuación de la Constitución Nacional (CN) al derecho internacional de los Derechos Humanos presenta conflictos: por una parte, de sometimiento a normas de ese derecho internacional y, por otro, de sometimiento a la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales creados a esos efectos. Si bien pone de manifiesto que el conflicto entre la CSJN y la Corte IDH continúa en la actualidad en el sentido de que la primera “afirma la superioridad de los principios de derecho público de la Constitución Nacional” (Sagües, 2018, p. 7), señala que ese conflicto se plantea solo en relación al control jurisdiccional y sobre casos concretos.

---

<sup>7</sup> PGN, Acosta, Jorge Eduardo y otro s/recurso de casación, S.C. A. 93.L. XLV, dictamen del 10 de marzo de 2010.

<sup>8</sup> Procurador General de la Nación Argentina desde 2004 hasta 2012.

Gil Domínguez (2017) aborda el tema refiriéndose a que en caso de colisión entre normas de la CN y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (IIDH) “una prevalece sobre la otra solamente para el caso concreto sobre la base de ponderar el contexto de aplicación tomando como vector el principio pro persona” (Gil Domínguez, 2017, p.1). Pero llega un poco más allá con este concepto, cuando al referirse a la jerarquía constitucional otorgada a los IIDH, habla de “condiciones de su vigencia estática y dinámica”. En el término “dinámico” es en donde entra para el mencionado autor la cuestión de los órganos de aplicación e interpretación de los IIDH, en donde se deben tomar en cuenta la textualidad de los tratados, las condiciones de ratificación del Estado, y las interpretaciones de los órganos de aplicación. Destaca así el hecho de su “evolución progresiva” y de que si no fuera así, los “Constituyentes hubieran petrificado a los IIDH en la mera textualidad” (Gil Domínguez, 2017, p.2). Su postura se acerca así a la del Dr. Roberto Gialdino, que avala el carácter obligatorio inclusive de las fuentes de carácter no jurisdiccional.

En relación a esto último, es factible preguntarnos qué situación podría suscitarse cuando una interpretación intente modificar el contenido esencial de la ley. Zaffaroni (2003) refiere que el intérprete debe respetar lo establecido por la ley tal cual le son revelados por el legislador, “lo que es un principio básico que debe regir la tarea de la ciencia jurídica: el intérprete no puede alterar el contenido de la ley” (Zaffaroni, 2003, p.122).

Bach de Chazal (2011) por su parte, al analizar los órganos de vigilancia de los tratados, afirma que justamente la composición política de éstos excluye su carácter jurisdiccional y sus recomendaciones y observaciones “carecen por principio de carácter vinculante respecto del Estado Parte al que son dirigidas, aun cuando subsista de parte de éste, el deber de recibirlas con buena fe y (...) darles satisfacción en la medida de lo jurídica y fácticamente posible” (Bach de Chazal, 2011, p. 24).

Sagües (2018) manifiesta por su parte que la actual evolución del derecho internacional de los derechos humanos, permite hablar ya no de una Constitucional Nacional, sino de una “constitución convencionalizada”, haciendo referencia a la doctrina del control de convencionalidad creada por la Corte IDH y en relación a la jurisprudencia emanada de este organismo. Una vez más, la doctrina centra su análisis en las fuentes de control jurisdiccional.



Un argumento curioso esgrime Ocantos (2018) cuando analiza parte de la interpretación que realiza la CIDH en el caso Baby Boy<sup>9</sup> en su considerando n°31, al referirse a obligar internacionalmente a un Estado por medio de una interpretación. La Comisión expresó que "...sería imposible importar al Gobierno de Estados Unidos o de cualquier otro Estado miembro de la OEA, por medio de una "interpretación", una obligación internacional basada en un tratado que dicho Estado no ha aceptado ni ratificado". El autor traslada esta idea al hecho de que un Estado Parte al realizar una reserva o una declaración interpretativa, sólo se obliga internacionalmente al ratificar el tratado únicamente en los términos de esa reserva o declaración.

### **1.2.3 Los sistemas de control de los tratados de Derechos Humanos.**

En materia de tratados de derechos humanos se suele distinguir entre sistema universal y sistema regional. Sistema universal es aquel que tiene por objeto el mundo entero, mientras que los sistemas regionales comprenden distintas partes del mundo, como el sistema americano, el sistema europeo y el sistema africano.

Las modalidades de control de los tratados de Derechos Humanos (DD.HH.) se clasifican entre aquellos que cuentan con tres sistemas que se distinguen entre sí: un sistema de informes periódicos, un sistema de peticiones y un sistema de control jurisdiccional.

El sistema de control con informes periódicos pertenece al sistema universal. En el sistema de informes periódicos, el Estado Parte emite informes que son presentados cada cierto período de tiempo (según el órgano de control). Estos informes son una especie de rendición en relación a los derechos tutelados por el tratado en cuestión, en donde informa las medidas adoptadas para la aplicación del tratado en los distintos órdenes del ámbito de ese Estado (ejecutivo, legislativo, judicial, etc.). A posteriori, el órgano de control contesta al Estado, destacando las medidas adoptadas, señalando las dificultades observadas para el efectivo cumplimiento de los derechos tutelados por el respectivo tratado y finalmente realiza una serie de recomendaciones. Los informes actúan en un ámbito preventivo y correctivo.

Los tratados de DD.HH. que adoptan este sistema son:

---

<sup>9</sup> CIDH - Resolución No. 23/81, Caso 2141, Estados Unidos de América. Recuperado el 21/05/2019 de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>

-El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Su órgano de control es el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC).

-La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Órgano de control: el Comité contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (Comité de la CEDAW).

-La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD). Órgano de control: El Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)

-La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Órgano de control: el Comité de Derechos del Niño (CDN).

-Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CAT). Órgano de control: el Comité contra la Tortura (Comité CAT).

-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Órgano de control: el Comité de Derechos Humanos (CDH).

Estos Comités emiten observaciones de carácter general, y observaciones finales. Las observaciones finales son dictadas con relación a un Estado en particular.

El sistema de peticiones es el que opera de forma correctiva cuando la violación a un derecho humano ya se concretó. En este sistema, cualquier habitante afectado de un Estado Parte -luego de agotar los procedimientos internos del Estado- puede efectuar una denuncia ante una Comisión. Los tratados de DD.HH. que cuentan con la posibilidad de recibir peticiones son:

-Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Órgano de control: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

-Los ya mencionados anteriormente: el PIDCP, la ICERD, la CAT y la CEDAW.

Una vez realizada la denuncia y admitida por el órgano de control, éste notifica al Estado en cuestión, a fin de que explique o realice comentarios. La Comisión tiene incluso la posibilidad de llevar adelante una investigación en el propio Estado denunciado. Si las partes no llegan a una conciliación, la Comisión elabora un informe que es remitido al Estado a fin

de que resuelva el conflicto en un plazo de tres meses. Transcurrido el plazo, la Comisión elabora una opinión con distintas recomendaciones al Estado a fin de que remedie la situación, también en un plazo determinado. Incumplido una vez más esto, puede publicar el informe, pero también puede poner el caso a consideración de la Corte IDH si el Estado denunciado hubiera aceptado su jurisdicción.

El sistema de control judicial por su parte sólo es aceptado por la CADH a través de la Corte IDH, con competencia contenciosa y consultiva, lo que le permite emitir opiniones consultivas.<sup>10</sup> En lo que respecta a la jurisdicción contenciosa, la Corte emite una sentencia definitiva e inapelable, ante la que puede presentarse un recurso ante la misma Corte. Los Estados condenados asumen el compromiso de cumplir la decisión de la Corte.<sup>11</sup>

#### **1.2.4 Marco de competencia de los órganos de vigilancia de los tratados**

Desde la doctrina se ha cuestionado muchas veces la estructura de vigilancia creada en materia de derechos humanos. De un tiempo a esta parte, se ha ido generando con el paso de los años, una nueva manera de creación del derecho internacional, a través de las decisiones de los órganos de control de los tratados.

Becerra Ramírez (2013) señala la dicotomía que puede producirse cuando por un lado se acepta un tratado internacional, y por otro los Estados Partes se ven en la posición de aceptar las resoluciones que se dictan por parte de las organizaciones creadas como mecanismos de control de esos tratados, las que muchas veces contrarían el fin y el objeto de esos tratados, actuando en una clara violación del derecho internacional.

Bach de Chazal (2011) expresa por su parte que todo ente de existencia ideal se encuentra determinado por las normas jurídicas de su creación y fijan su competencia, y que toda acción que incumpliera esos límites sería nula e inválida. El autor hace referencia a lo que se denomina acciones “ultra vires”<sup>12</sup> en la que existe una cuestión de competencia, la cual a su vez está relacionada con los principios de legalidad y estado de derecho.

---

<sup>10</sup> Artículo 65.1 del Estatuto de la Corte IDH: La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.

<sup>11</sup> Art. 68.1 de la Corte IDH: Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

<sup>12</sup> Ultra vires es una frase latina que significa "más allá de los poderes". Un acto que requiere autoridad legal pero que se hace sin él se caracteriza en la ley como ultra vires. Su opuesto, un acto realizado bajo la autoridad

“Guiándose por la teoría general de las nulidades de los tratados internacionales, una resolución que fuera dictada por un órgano de control excediéndose en su competencia, lógicamente pudiera ser considerada como nula” (Becerra Ramírez, 2013, p. 155). El autor señala que si bien los órganos internacionales están facultados para decidir sobre su competencia, no es descabellado que el Estado Parte demande un órgano imparcial para decidir al respecto, y plantea la necesidad de reflexionar sobre la necesidad de la creación de una sala superior de apelación -por ejemplo- en la Corte IDH, similar a la que poseen otros tribunales internacionales tales como la Corte Penal Internacional.

En este punto es atinado referirnos a la cuestión en que -si bien un Estado Parte puede incurrir en responsabilidad internacional si desconoce una sentencia o recomendación realizada por un órgano de control de los tratados-, ese razonamiento también podría aplicarse a la inversa para ese organismo de vigilancia en lo relativo a excederse en su competencia con sus observaciones, comunicaciones e informes respecto a ese Estado.

Ello podría obedecer, en el mejor de los casos, a un celo mal entendido por parte de dichos entes; pero también a peculiares posiciones ideológicas de sus integrantes, o cualquier otro motivo que lleve a una desviación del órgano en lo atinente al llenado de su cometido. (Bach de Chazal, 2011, p. 25)

Es importante dejar en claro que los instrumentos internacionales se dividen en dos categorías: instrumentos vinculantes (*hard law*) e instrumentos no vinculantes (*soft law*). Los primeros están compuestos por Tratados, y pueden presentarse bajo la forma de Pactos, Convenciones, Declaraciones y suponen de parte de los Estados, un reconocimiento de obligación legal. Los documentos no vinculantes están integrados mayormente por Declaraciones y Recomendaciones, proporcionan directrices y principios dentro de un marco normativo y crean igualmente obligaciones morales. Las Declaraciones no crean obligaciones legales para los estados. Las Recomendaciones son otro tipo de instrumentos, también no vinculantes, pero que tienen la función de sugerir a los Estados Partes a que tomen iniciativas legislativas o de otro tipo relacionadas con el tema que les ocupa.<sup>13</sup>

---

apropiada, es *intra vires* ("dentro de los poderes"). Los actos que son *intra vires* pueden denominarse equivalentemente "válidos" y aquellos que son *ultra vires* "inválidos" (diccionario del español jurídico, Real Academia Española). Recuperado el 25/06/2019 de: <https://dej.rae.es/lema/ultra-vires>

<sup>13</sup> Fuente: UNESCO Página web – Recuperado el 30/07/2019 de: <http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/advancement/networks/larno/legal-instruments/nature-and-status>

### **1.3 El derecho a la vida en el articulado de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al art. 75 Inc. 22.**

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la vida ha sido caracterizado a través de las diversas resoluciones de la Corte IDH y de los diversos informes emanados de la CIDH.

Ya en sentencias de inicios de siglo se establecía que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para disfrutar del resto de los derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. Debido a ese carácter, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son inadmisibles los enfoques restrictivos sobre ese derecho”<sup>14</sup>

La CIDH ha sostenido en sus informes que el derecho a la vida es “el fundamento y sustento de todos los demás derechos”, que el derecho a la vida tiene status ius cogens<sup>15</sup>, es “el derecho supremo del ser humano” y una “conditio sine qua non” para el goce de todos los demás derechos (Aden et al., 2012).

Los tratados de derechos humanos incluidos en el Art. 75 con rango constitucional, son los siguientes:

- I. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- II. La Declaración Universal de Derechos Humanos.
- III. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- IV. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- V. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- VI. La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- VII. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- VIII. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- IX. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>14</sup> Corte IDH – Caso Ximenez Lopez vs. Brasil, 4/7/2006, parr. 124. Recuperado el 28/05/2019 de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)

<sup>15</sup> Norma de derecho imperativo (N. de la R.)

X. La Convención sobre los Derechos del Niño.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que reconocen expresamente el derecho a la vida son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se analizarán a continuación.

### 1.3.1 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948. La Declaración, adoptada en Bogotá, es un pronunciamiento sobre los derechos humanos básicos.

El artículo que hace referencia al derecho a la vida en la DADH es su artículo 1°.

Este artículo dispone: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. El texto de este artículo garantiza el derecho a la vida de todo ser humano.

Si bien la DADH no explicita exactamente cuándo comienza la vida o cuándo el producto de la concepción se convierte en un ser humano, Bach de Chazal (2011) refiere que si se tiene en cuenta la buena fe y el sentido corriente de las palabras, la fórmula “todo ser humano” alude sin ambigüedad a todos los integrantes de la especie humana, incluido el nasciturus, quien participa de esa condición desde el preciso instante de su concepción. Pone de manifiesto lo irracional que sería el hecho de que el ser que se encuentra en el vientre de la madre fuera privado del derecho esencial a la vida, cuando -refiriéndose a la DADH- “su finalidad principal es “la protección de los derechos esenciales del hombre”, que tienen como fundamento los atributos de la persona humana” (Bach de Chazal, 2011, p. 5).

Para referirnos a las razones históricas y en relación al artículo 1° de la DADH, es dable mencionar la interpretación que realizara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del caso Baby Boy<sup>16</sup>.

En el mencionado caso, Gary Potter -presidente de la Catholics for Christian Political Action- interpone ante la CIDH una petición contra los Estados Unidos de América y el

<sup>16</sup> CIDH - Resolución No. 23/81, Caso 2141, Estados Unidos de América. Recuperado el 21/05/2019 de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>

Estado de Massachusetts por violación del derecho a la vida reconocido por la DADH y aclarado por la definición y descripción de "derecho a la vida", que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Esto como consecuencia de un aborto ejecutado por el Dr. Kenneth Edelin en el Boston City Hospital de Boston, Massachusetts, Estados Unidos de América. La mayoría de la Comisión resuelve el 6 de marzo de 1981 que “La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”<sup>17</sup>.

Los fundamentos de la resolución se basan sintéticamente, en que la tarea principal de la CIDH fue determinar si hubo violación de los derechos consagrados sólo respecto de la DADH, y no en los términos de la CADH ya que Estados Unidos de América no es parte de esta última.

Los trabajos preparatorios -tenidos en cuenta para su correcta interpretación- indican que la redacción final del artículo 1° de la DADH constituyó una “fórmula de transacción que si bien obviamente protege la vida desde el momento del nacimiento deja a cada Estado la facultad de resolver en su derecho interno si la vida comienza y merece protección desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento”<sup>18</sup>

En relación a la redacción final del artículo 1° de la DADH, es menester señalar –a fin de aportar a las razones históricas en la interpretación del mismo- que su texto original y en el que se proyectaba la protección del derecho a la vida por parte del Comité Jurídico Interamericano<sup>19</sup> (CJI) había sido el siguiente:

Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; así como también a los incurables, imbeciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes preexistentes por delitos de extrema gravedad<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> CIDH - Resolución No. 23/81, Caso 2141, Estados Unidos de América. Recuperado el 21/05/2019 de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>

<sup>18</sup> Explicación del voto del Dr. Andres Aguilar M. - CIDH - Resolución No. 23/81, Caso 2141. Recuperado el 22/05/2019 de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>

<sup>19</sup> El Comité Jurídico Interamericano es uno de los Órganos principales de la Organización de los Estados Americanos. Es el cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos encargado de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y de estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del continente.

<sup>20</sup> Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá 1953, Vol. V, Doc. CB-7, en pp. 449/454. Recuperado el 22/05/2019 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29662.pdf>

A decir de Bach de Chazal (2011) lo que se pretendía al quitar la expresión “desde el momento de la concepción” del texto original, sólo era acuñar una fórmula general y amplia para que ningún supuesto pueda quedar fuera de una enumeración casuista, por lo que -según su criterio-, la redacción final del artículo también incluiría al nasciturus.

### **1.3.2 La Declaración Universal de Derechos Humanos.**

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) fue adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Es un documento declarativo que recoge los derechos humanos que en el momento histórico de su constitución se consideraban básicos, luego del enorme sufrimiento humano que causó la II° Guerra Mundial.

La DUDH hace un reconocimiento explícito al derecho a la vida en su artículo 3° que enuncia: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Su artículo 1° abre la declaración, expresando que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. La relevancia del primer artículo de la declaración tiene que ver con el hecho de que se menciona el término nacimiento, y su tenor literal y sentido corriente parece indicar que es en ese momento en que entran en juego la dignidad y los derechos.

En los trabajos preparatorios de la Declaración, existió un debate importante en relación a la inclusión o no de la palabra “nacen” en el referido artículo. Se presentó una propuesta de enmienda a fin de eliminar el término, a fin de proteger el derecho a la vida desde la concepción, la cual fue rechazada. Finalmente el artículo fue aprobado con 45 votos con 9 abstenciones. “Así, un feto no tiene derechos bajo la Declaración Universal de Derechos Humanos (...) la Declaración para definir a los titulares de derechos humanos se refiere a personas nacidas solamente” (Copelon, Zampas, Brusie, deVore, 2005).

Si bien la DUDH reconoce el derecho a la vida sin mencionar a la concepción en su artículo 3°, Ocantos (2018) plantea que de ninguna manera esta fuente es insuficiente para defender la vida desde la concepción, ya que la ausencia del momento a partir del cual se



determina la existencia de la persona (llamada “individuo” en el artículo en análisis) no puede ser interpretada como una fuente restrictiva de derechos.

Por aplicación del principio pro homine del derecho internacional de los derechos humanos, si ello quisiera ponerse en duda (...), debiera tomarse la interpretación más favorable a la validez del derecho, mucho más cuando el derecho que está en juego es el derecho a la vida. (Ocantos, 2018, p. 1)

El principio “pro homine” es citado por la doctrina cuando la misma se sumerge en el análisis de los derechos constitucionales de fuente interna y externa, y se recurre al mismo muchas veces para definir situaciones en las que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos -al aplicarse al derecho interno del Estado- puedan registrar tensiones entre sí.

Es posible atribuir raigambre constitucional a algunos principios de muy útil aplicación, entre los que sintéticamente, citamos (...) el principio 'pro homine' (a favor de la persona), conforme al cual una vez que se utiliza la fuente interna y la fuente internacional, siempre hay que elegir en cada caso concreto la fuente y la norma que proveen la solución más favorable para la persona y para el sistema de derechos institucionalmente considerado (...) el principio del 'favor debilis', para que en cada situación en que aparecen derechos controvertidos se tome muy en cuenta la inferioridad de condiciones de la parte más débil. (Bidart Campos, 2008, p. 66)

### **1.3.3 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Ratificada por la República Argentina el 14 de agosto de 1984. Aprobada por ley n°23054 del 1° de marzo de 1984 con reservas, declaraciones interpretativas y aceptación de competencia.

El derecho a la vida se consagra en la CADH en su art. 4° inc.1°: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. En el mismo artículo, en su inciso 5° prohíbe aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez. El titular de este derecho es “toda

persona”, entendiendo por tal a “todo ser humano” y según reza el art. 1° inc. 2° de la Convención.

En relación al término “en general” del artículo referenciado, Bach de Chazal (2011) considera que, -en una Convención de Derechos Humanos que reconoce el carácter de persona a todo ser humano y que expresa que la existencia del mismo principia en el momento de la concepción - de buena fe y conforme al sentido corriente, nunca podría haber excluido al nasciturus del fundamental derecho a la vida, relegándolo a la indigna condición de seres humanos desprovistos de toda protección legal.

Por su parte, los trabajos preparatorios de la Convención pueden ayudarnos a determinar o confirmar el sentido y alcance que se le ha intentado dar al término dentro del tratado. Durante la Quinta Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrada en agosto de 1959, se aprobó la Resolución VIII por medio de la cual le fue confiado al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, entre otras tareas, la de crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El Consejo Interamericano de Jurisconsultos concluyó, en septiembre de 1959, un Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, que en su art. 2° inc. 1° establecía: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente...”. Sin embargo, fue la CIDH la que, convocada por la OEA, propuso agregar las palabras “en general”, antes de la formulación “desde el momento de la concepción”<sup>21</sup>.

Durante la discusión del proyecto, hubo varias propuestas de enmienda para eliminar totalmente la referencia a la concepción como la de Brasil, EE.UU. y República Dominicana. Otras estuvieron por eliminar las palabras “en general”, manteniendo así el texto originalmente propuesto, como la de Ecuador y Venezuela. La CIDH no brindó ninguna explicación que justificase la inserción de las palabras “y en general”. Una interpretación desde la doctrina expresa que en realidad se intenta dar “una mayor extensión del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción” (Bach de Chazal, 2011, p. 11). Otra es la que expone que tanto el sentido literal y la interpretación apunta a que esta redacción fue adoptada precisamente para permitir excepciones a los Estados Partes al

<sup>21</sup> Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 1973, pp. 236.y ss. Recuperado el 23/05/2019 de: [http://www.corteidh.or.cr/tablas/r18937\\_1968.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r18937_1968.pdf)

mandato general de protección de la vida humana en gestación, aunque sin indicar cuáles son esas excepciones. Es la que ha dado la CIDH en el caso *Baby Boy vs. EE.UU.* que ya fue desarrollado supra.

Puede sostenerse que la redacción definitivamente aprobada (...) fue una fórmula de transacción que, si bien protege la vida, y el famoso “y, en general, a partir del momento de la concepción”, reenvía la protección a la legislación interna, y deja en consecuencia, a cada Estado la facultad de resolver en su derecho interno si la vida comienza y merece protección desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento. (Aden et al., 2012, p. 43)

La intención de la CIDH parecería dejar al arbitrio de cada Estado esta cuestión, lo que nos remitiría a prestar especial atención en nuestro análisis, a las reservas y declaraciones interpretativas que ha realizado cada Estado en el momento de ratificación de los tratados. Por otra parte, al hecho de que “los tratados internacionales de derechos humanos son pisos mínimos de protección, por lo que, si la legislación de un país protege aún más los derechos que aquellos, debe primar ésta por sobre aquella” (Ocantos, 2018, p. 1).

Esto último condice también con lo que dispone el propio Pacto de San José en su art. 29° inc. b, justamente en cuanto a las normas de interpretación, en el sentido de que sus normas no se entenderán de modo de restringir derechos acordados por el ordenamiento interno de los Estados Partes, o por otros tratados.<sup>22</sup>

Tal cual se refirió en párrafos anteriores, el organismo de control de la CADH es la Corte IDH, la cual se declara intérprete última de la misma (Kemelmajer de Carlucci, 2013). La Corte IDH ha adelantado opinión en algunos aspectos en relación al derecho a la vida en la causa “*Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*”. En el resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia del 28 de noviembre del 2012, se examinan los alcances de los artículos 1° inc. 2° y 4° inc. 1° de la CADH. Para ello realiza una interpretación siguiendo los

---

<sup>22</sup> Artículo 29. Ley n° 23.054 de Aprobación de la CADH (1/3/1984). Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

postulados de la CVDT, esto es, conforme al sentido corriente de los términos, sistemática e histórica, evolutiva y del objeto y fin del tratado.

La interpretación de la Corte IDH en *Artavia Murillo*, conforme al sentido corriente de los términos, concluye que la protección del derecho a la vida se inicia con la concepción, la que se establece a partir del momento de la implantación, por lo que a partir de ese momento procede aplicar el art. 4° de la CADH. Acto seguido, se refiere a la expresión “en general”, diciendo que “asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones”<sup>23</sup>. Una vez más -y en este caso mediante su jurisprudencia- la Corte continúa sin dar ninguna explicación que justifique la inserción de esta expresión.

En cuanto a la interpretación sistemática e histórica de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, la Corte IDH concluye que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”<sup>24</sup>. Es necesario aclarar que este fallo no se refiere al aborto sino a la fecundación “in vitro”, y lo que se trataba de esclarecer es a partir de qué momento se podía considerar que existía la “concepción”, si desde el momento de la fecundación del ovulo por el espermatozoide, o desde el momento de la anidación del feto en el seno materno. Tal es así que de lo interpretado por la Corte IDH, es posible inferir que la protección legal del derecho a la vida comienza a partir de la implantación del embrión en el útero materno, aunque la expresión “en general” admitiría ciertas excepciones no precisadas.

En cuanto al principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado, es posible llegar a establecer un análisis más esclarecedor en relación al derecho a la vida. La interpretación de la Corte se refiere a la cláusula “en general” en cuanto a su objeto y fin a “permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción (...) el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho

---

<sup>23</sup> Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*”, “Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia del 28 de noviembre de 20112 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) - Recuperado el 20/04/2019 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf)

<sup>24</sup> Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*”, “Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia del 28 de noviembre de 20112 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) - Recuperado el 20/04/2019 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf)

absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”<sup>25</sup>.

Esta interpretación entonces, impediría que una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida restrinja en forma desproporcionada el ejercicio de otros derechos humanos.

Finalmente, es de señalar que la corte menciona en este fallo el “principio de la protección gradual e incremental de la vida prenatal”, lo que -a pesar de referirse específicamente a la fecundación in vitro y a los embriones congelados-, puede ser resaltado como un antecedente jurisprudencial de la interpretación que realiza aquella sobre el derecho a la vida del nasciturus.

La Corte IDH es un organismo que tiene jurisdicción internacional y conforme a la CIDH puede actuar como un organismo de consulta o como un tribunal a fin de resolver una controversia. El art. 68° de la Convención establece en su inciso 1° que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

#### **1.3.4 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo, adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, fueron aprobados por nuestro país mediante ley n°23.313 con reservas y ratificados en sede internacional el 8 de agosto de 1986.

El derecho a la vida es enunciado explícitamente en el PIDCP que reconoce en su art. 6°<sup>26</sup> que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido

---

<sup>25</sup> Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, “Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia del 28 de noviembre de 20112 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) - Recuperado el 20/04/2019 de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf)

<sup>26</sup> ARTICULO 6. LEY N° 23.313 de Aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo (17/03/1986).1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente pacto ni a la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal

por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Nuevamente se presenta aquí la cuestión de si la protección del derecho a la vida, opera desde el momento de la concepción, ya que no se hace en el artículo una referencia expresa a ésta.

En los trabajos preparatorios del Pacto, se propuso una enmienda que indicaba que el derecho a la vida era inherente a la persona humana desde el momento de su concepción y que debía ser protegido por la ley. “La Comisión finalmente votó para adoptar el artículo 6, que no tiene referencia a la concepción, por un voto de 55 a cero, con 17 abstenciones” (Copelon et al., 2005, p. 122). Nuevamente en este caso parece vislumbrarse la intención de que el Pacto haya querido evitar conflictos con legislaciones permisivas del aborto (Bach de Chazal, 2011). Y una vez más es posible hacer alusión -tal cual se refirió en el análisis del articulado de la CADH- la intención de que con esta decisión, se deja en manos de cada Estado un cierto margen para avanzar o no dentro de su derecho interno en legislaciones permisivas del aborto.

Bach de Chazal (2011) propone recurrir a los criterios de interpretación de los artículos 31° y 32° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

Conforme a ello, debemos decir que la buena fe, el sentido corriente de las palabras, el objeto y fin del tratado, su texto y su contexto, nos indican que siendo los derechos humanos universales, iguales e inalienables y se relacionan con la dignidad de todos los miembros de la familia humana, no hay lugar a que determinada categoría de seres humanos, las personas concebidas y no nacidas, sean despojadas de esos derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la declaración conforme a la cual el derecho a la vida es inherente a la persona humana (...) implica tanto como extender dicho reconocimiento a las personas por nacer (que son seres humanos) y declarar la inviolabilidad de su derecho a la vida, precisamente, merced a ese carácter de persona que le confiere la condición humana que en modo alguno se puede ignorar. (Bach de Chazal, 2011, p. 29)

En lo que hace a los casos recogidos por los órganos de control de los Tratados, mencionaremos *K. L. v. Perú. Karen Llantoy Huamán*, -representada por las organizaciones

---

competente. 3. Cuando la privación de la vida constituye delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos. 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

DEMUS, CLADEM y Center for Reproductive Law and Policy- quienes se presentaron ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) alegando una violación de los arts. 2°, 3°, 6°, 7°, 24° y 26° del PIDCP.

A la joven K. L., de 19 años de edad, le fue diagnosticado un embarazo de un feto anencefálico. A pesar de su petición a través de su madre de interrupción del embarazo, éste le fue negado y fue madre de una niña anencefálica a la que debió amamantar cuatro días hasta que falleció. El CDH mediante dictamen del 24/10/2005 resuelve que Perú había vulnerado los arts. 2°, 24°, 7° y 17° del PIDCP que “consagran los derechos a un recurso efectivo, a no ser discriminado por razón de la edad, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes y a la no injerencia arbitraria en la vida privada” (Minyersky y Flah, 2014, p. 18).

El Comité sostuvo que K. L. se vio sometida a sufrimiento moral prohibido por el art. 7° del Pacto debido a la omisión del Estado de no conceder un aborto terapéutico. Que al negarle la práctica abortiva, el Estado peruano había interferido de manera arbitraria en la vida privada de K. L., violando el art. 17° del Pacto, también su art. 24° al no proporcionársele el apoyo médico y psicológico necesario ni antes ni después del embarazo. Y al no contar K. L. con un recurso adecuado, el Estado también vulneró el art. 2° y en relación con los arts. 7°, 17° y 24° ya mencionados.<sup>27</sup>

El CDH dispuso la obligación del Estado peruano de indemnizar a K. L. y de adoptar medidas para evitar ese tipo de violaciones en el futuro y con base en el art. 2° inc. 3.a<sup>28</sup> del PIDCP.

En el dictamen del Comité, se pone en evidencia que se privilegió la salud tanto física como psicológica de la mujer y es un caso de aborto enmarcado en uno de los presupuestos de no punibilidad del código penal del Perú que en su art. 119° prescribe que es permitido cuando “es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente”.

### 1.3.5 La Convención de los Derechos del Niño.

<sup>27</sup> Fuente: Center for Reproductive Right, recuperado el 04/06/2019 de <https://reproductiverights.org/document/kl-v-peru-final-decision>

<sup>28</sup> “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.



La Convención de los Derechos del Niño (CDN) fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Ratificada por la República Argentina el 5 de diciembre de 1990 y aprobada por ley n°23.849 del 27 de setiembre de 1990, con reservas y declaración interpretativa.

La CDN es el primer tratado internacional de alcance universal que alude expresamente a la protección de un ser humano antes del nacimiento. Tal es así que en el párrafo nro. 9 de su preámbulo, declara que “el niño (...) necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Este texto parece indicar que el niño es sujeto de derechos incluso antes de nacer. O'Donnell (2012) no otorga demasiado valor jurídico a este párrafo del preámbulo ya que carecen de valor dispositivo, aun cuando puedan ser empleadas para la interpretación de un tratado.

El art. 1° de la CDN establece que “se entiende por 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”. Ya desde la etapa del proyecto de la Convención, se generaron arduas discusiones en torno a la definición del comienzo de la niñez, entre -por un lado- Estados que defendían la postura de establecer su inicio desde la concepción, y los que proponían el momento del nacimiento.

La dificultad para llegar a un consenso, llevó al grupo de trabajo a adoptar el texto de compromiso del art. 1°, sin pronunciarse específicamente sobre el particular, dejando establecido en los trabajos preparatorios de forma expresa que el texto final tenía como objetivo evitar la incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional de cada Estado en relación a los derechos del niño antes del nacimiento (O'Donnell, 2012).

En este sentido, la República Argentina en relación al art. 1° de la Convención, “declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, tal cual lo dispuso el art. 2° de la ley n°23.849 de aprobación del tratado.

Debe considerarse, por consiguiente, que todos y cada uno de los derechos garantizados por la Convención, y en particular el derecho intrínseco a la vida, resultan reconocidos por nuestro país a todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad, quedando obligado a ello tanto en sede interna, como internacional. (Bach de Chazal, 2011, p. 22)



Mucho se ha hablado de esta declaración interpretativa y de los efectos de las mismas en el derecho internacional. El Glosario de Tratados Internacionales la define como “la declaración hecha por un Estado respecto a su entendimiento de alguna cuestión abarcada por el tratado o su interpretación de una disposición particular”<sup>29</sup>

Por su parte, la Convención de Viena en su art. 2º, inc. 1º, ap. 2º sólo hace referencia al término “reserva”, definiéndolo como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

Aden et al. (2012) plantea la cuestión de si esas declaraciones interpretativas pueden ser equiparadas a las reservas a las que alude la CVDT y señala la diferenciación histórica que ha realizado la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas<sup>30</sup> entre ambos institutos y los efectos que cada uno produce. Según la Comisión, una declaración interpretativa “puede ser dejada sin efecto por el mismo procedimiento por el que fue formulada, por lo que la declaración realizada por el Estado argentino respecto de la CDN, no tendría jerarquía constitucional, sino legal, pudiendo ser dejada sin efecto por un acto legislativo” (Aden et al.,2012, p.55).

Por su parte, en su 63º período de sesiones del Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) del año 2011, define a las declaraciones interpretativas como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones”.<sup>31</sup> En un principio entonces, “(L)la calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa está determinada por los efectos jurídicos que su autor se propone

---

<sup>29</sup> Fuente: Glosario de Tratados Internacionales, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria, recuperado el 5/6/2019 de [http://www.legislad.gov.ar/atlas/docs/glosario\\_tratados.pdf](http://www.legislad.gov.ar/atlas/docs/glosario_tratados.pdf)

<sup>30</sup> La Comisión de Derecho Internacional (CDI) es un organismo creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 con el objetivo de codificar y promocionar el Derecho internacional. Su trabajo ha sido fundamental en la adopción de diversos tratados u otros instrumentos internacionales, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o la Corte Penal Internacional, sobre la que emitió una primera propuesta ya en 1949.

<sup>31</sup> Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011) pag. 64. Recuperado el 20/08/2019 de: <https://undocs.org/es/A/66/10/Add.1>

producir”.<sup>32</sup> Sin embargo, la CDI refiere que el análisis del enunciado y denominación de una declaración unilateral constituye un indicio de que persigue también efectos jurídicos.

La Comisión así en el mismo informe realiza la siguiente objeción: “los jueces y los árbitros internacionales y los órganos de control de la aplicación de los tratados de derechos humanos se abstienen de todo nominalismo y (...) se dedican a averiguar la realidad de las intenciones tal como se desprende del fondo de la declaración, y hasta del contexto en que ha sido hecha”.<sup>33</sup> La Comisión Europea de Derechos Humanos en este sentido, refiere que:

A este respecto a la opinión de la mayoría de la doctrina, [estimó] que si un Estado formula una declaración y la presenta como una condición de su consentimiento en obligarse por la Convención, haciendo constar que tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de algunas de sus disposiciones, esa declaración, cualquiera que sea su denominación, debe ser asimilada a una reserva.<sup>34</sup>

Si analizamos el fondo y el contexto de la declaración interpretativa realizada por la República Argentina al ratificar la CDN, hace suponer que el relator lo ha hecho a fin de exceptuar o limitar ciertos efectos jurídicos de la imprecisión del art. 1° de la CDN.

Diez de Velasco (2007) a su vez, cuando menciona el art. 2° de la CVDT hace alusión a que el término “reserva” definido por la Convención, es lo suficientemente laxo como para admitir un criterio amplio en el que podrían incluirse las declaraciones interpretativas, especialmente cuando aquella en el artículo define las reservas como “...una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación...”. Por un lado, porque considera irrelevante el nombre que le den sus autores, por otro porque resalta su naturaleza de declaración unilateral del Estado y hace foco en sus efectos jurídicos en el sentido de excluir o modificar ciertas disposiciones del tratado.

La definición adquiere así un carácter amplio, comprendiendo no sólo las reservas que excluyen la aplicación de cláusulas, sino también las llamadas declaraciones interpretativas siempre que éstas, al precisar el alcance y exacto contenido que tales disposiciones tienen para el Estado autor de las mismas, restrinjan el alcance de tal

<sup>32</sup> Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 63° período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011) pág. 76. Recuperado el 20/08/2019 de: <https://undocs.org/es/A/66/10/Add.1>

<sup>33</sup> Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 63° período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011) pág. 83. Recuperado el 20/08/2019 de: <https://undocs.org/es/A/66/10/Add.1>

<sup>34</sup> Ídem anterior.

aplicación, modificando los efectos jurídicos de ciertas disposiciones. (Diez de Velasco, 2007, p. 166)

Como es posible notar, el tema se centra, primero, en si es posible equiparar las reservas a las declaraciones interpretativas, teniendo en cuenta que las primeras parecen tener más entidad al estar definidas y reguladas en la CVDT. Segundo, la validez que tienen hacia afuera en relación a ese Estado y el compromiso asumido frente a los órganos de control y aplicación de los tratados; y hacia adentro del propio país, en relación al deber asumido mediante esa declaración.

Gelli (2018) señala que las condiciones de vigencia de los tratados indican el modo en que fueron aprobados y ratificados por cada país, con las reservas pertinentes, a la vez que asimila las declaraciones interpretativas en todos sus efectos a las reservas: “si, a través de la declaración interpretativa, el Estado en cuestión se obliga -o entiende obligarse a más-, esa declaración constituye un deber que asume hacia adentro de su propio país” (Gelli, 2018, p. 267). Coincidente con esta postura es Bach de Chazal (2011), en el sentido de que las condiciones de vigencia de la CDN incluyen en el instrumento internacional a la ley n°23.849 y su declaración interpretativa formulada en el acto de ratificación del mismo. “Constituyen, a la vez, derecho internacional vigente para nuestro país, y derecho interno de rango constitucional, y, por lo tanto, en el vértice del ordenamiento jurídico” (Bach de Chazal, 2011, p.23).

Es pertinente mencionar también el art. 6° de la Convención, que dice “...Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. (...) Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Para concluir, es procedente referirse al art. 41° de la CDN que reza lo siguiente: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

Una vez más es de señalar la remisión en el texto de un tratado internacional, al derecho interno de un Estado Parte y al principio “pro homine”, que en el caso de la República Argentina se ve claramente plasmado en la declaración interpretativa que establece a partir de qué momento el Estado firmante entiende que se es niño.

#### 1.4 La protección incremental del feto.

El concepto de la “protección incremental del feto” se menciona por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo*, desarrollado precedentemente.

Kemelmajer de Carlucci (2018), cuando expone su postura relacionada con la protección incremental del feto, refiere que los derechos no son absolutos, que cuando dos derechos entran en colisión, se usa la regla de proporcionalidad. Menciona la progresividad del desarrollo del feto, que durante el primer trimestre, o hasta la semana 14, la mujer -que ya es una persona-, tiene más derechos: "El feto aún no tiene suficiente desarrollo, por eso pesa más la autonomía de la mujer"<sup>35</sup>

Esta distinción entre períodos de gestación tiene sentido (Gargarella, 2018) en los casos en que se contraponen los derechos del embrión a la vida y la vida de la madre. “En esos casos (y porque consideramos que la vida tiene un valor "incremental"), no tendemos a valorar por igual el derecho del embrión y el derecho de la madre a la vida” (Gargarella, 2018, p. 4). El autor señala que este criterio es el que se utilizó detrás del esquema "trimestral" promovido por el Tribunal de los EE.UU. en "*Roe v. Wade*".

Sólo en este marco esta diferenciación adquiere funcionalidad, ya que un argumento que establezca una fecha taxativa en la que un feto en desarrollo puede continuar a no el mismo, hace surgir el interrogante de si el mismo podría superar un análisis de constitucionalidad.

Este sistema desprotege la vida del nasciturus hasta un cierto tiempo de gestación y la protege a partir de otro. Algunos autores consideran que este sistema “significaría adoptar una postura que diferencia el derecho del feto según el estado de desarrollo del mismo, considerándolo una mera "cosa con potencialidad de ser persona" (Vítolo, Buompadre, Gil Dominguez, 2011, p. 11).

Otro argumento que trae a colación el concepto de protección incremental, proviene desde nuestra fuente interna, cuando desde la doctrina se hace referencia a que el Código Penal de la Nación varía la intensidad de la protección de la vida humana, expresando que la escala de la pena es menor desde la concepción y hasta el nacimiento.

---

<sup>35</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída - Exposición ante la Comisión de Salud, Justicia y Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación – 11/07/2018

Tanto el delito de aborto como los tipos de homicidio protegen un mismo bien jurídico: la vida humana. Lo que sucede es que, a diferencia de otros bienes jurídicos, la vida no es un fenómeno estático al que le es posible asignar un valor único e invariable. Por el contrario, durante su desarrollo, este bien se ve sometido a una serie de transformaciones que inciden en su consideración social, lo que a su vez se refleja en su diversa valoración jurídica. De esta forma se entienden las diferentes escalas punitivas con las que el legislador ha protegido a la persona por nacer y a la persona nacida, sin que ello signifique el desconocimiento del carácter “humano” de la vida en gestación. (Donna, 1999, p. 72)

Es posible apreciar con lo expuesto, cómo la doctrina plantea el tema en el caso del enfrentamiento entre dos derechos que se enfrentan: la vida del nasciturus por una parte y la vida y otros derechos de la mujer por otro.

### **Conclusión parcial.**

Si bien en la CN no existe una norma expresa en el que se enuncie el derecho a la vida, sí se menciona el término en alguno de sus artículos, como el art. 29° y también implícitamente considerarse incluido en su art. 33° en el que se mencionan los derechos no enumerados. Por su parte, la tradición jurisprudencial de la CSJN a lo largo de los años ha señalado la importancia del derecho a la vida y la dignidad de las personas.

Con la reforma de la CN en el año 1994 y la inclusión en el art. 75° inc. 22° de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el derecho a la vida se plasma y pone de manifiesto en el mismo articulado de los tratados, permitiendo de esta forma recurrir directamente al derecho positivo constitucional.

De las consideraciones preliminares, se desprende la importancia que debe asignarse al articulado de la CVDT en la interpretación de los mismos, cuando en ellos se mencionan cuestiones tales como la buena fe, el sentido corriente de sus términos, su objeto y fin, su contexto y sus instrumentos, todo acuerdo y práctica ulterior, formas de derecho internacional aplicable, y todo medio complementario como herramienta a fin de clarificar su redacción.

En cuanto a la cuestión interpretativa, puede observarse en la doctrina una posición que considera obligatorias para el derecho interno de los Estados no solo las fuentes de carácter jurisdiccional, sino también las no jurisdiccionales. Esto basado en la idea de las

condiciones de vigencia dinámica de los tratados, que hacen que los mismos no deban quedar petrificados en su mera textualidad (Gil Domínguez, 2017, p. 2). Por otro lado, los que pregonan que las fuentes de carácter jurisdiccional y no jurisdiccional sólo deben constituirse como guías de interpretación y ser debidamente valoradas y compartidas, e invocando el articulado de la CADH afirman que son obligatorias para el Estado las resoluciones judiciales de la Corte IDH sólo en los casos en los que el Estado es parte.

Ambas posiciones pueden ser conciliadas con la idea de que el intérprete de un tratado, debe encontrar su límite cuando una tarea interpretativa modifica el contenido de la ley.

También hemos enumerado como datos a tener en cuenta los diversos órganos de control de aplicación de los tratados de derechos Humanos, mencionando por un lado aquellos de naturaleza política que emiten recomendaciones y observaciones, y por otro las opiniones consultivas y los fallos que emanan de la Corte IDH. Se ha puesto de manifiesto que no existe ningún artículo que obligue al Estado Parte a acatar las fuentes de carácter no jurisdiccional, aunque sí las de carácter jurisdiccional emanadas de la Corte IDH en violación de la CADH. Las Declaraciones y Recomendaciones de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos -según documentos emitidos por la misma ONU- tienen carácter no vinculante, imponiendo sólo obligaciones de carácter moral.

Quedó de manifiesto la importancia y el cuestionamiento desde la doctrina sobre la necesidad de que los órganos de vigilancia de los tratados actúen en el marco de su competencia, respetando los principios de legalidad y estado de derecho, sin excederse en sus funciones y respetando el fin y el objeto de los tratados que justificaron su creación.

Finalmente, en el análisis de los tratados internacionales de Derechos Humanos en lo referente al derecho a la vida y su protección, queda claro la importancia que se le asigna al mismo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, plasmado en fallos de la Corte IDH y en forma explícita en el articulado de los tratados incorporados en el art. 75° inc. 22° de la CN. En ninguno de ellos se enuncia taxativamente a partir de qué momento exacto ese derecho a la vida es objeto de protección. Puede vislumbrarse una intención de enunciar ese momento solo en forma general, para que las disposiciones del tratado no sean incompatibles con el derecho interno de cada uno de los Estados Partes firmantes en ese momento.

Se puso de manifiesto la relevancia que tienen las declaraciones unilaterales de los Estados al ratificar un tratado (declaraciones interpretativas y reservas), y que estas se realizan con la clara intención de hacer foco en los efectos jurídicos que las mismas tendrán hacia el derecho interno de ese Estado Parte, como la efectuada por la República Argentina al querer establecer taxativamente a partir de qué momento se es persona en su derecho interno.

Es posible coincidir desde este trabajo, con la opinión de la mayoría de la doctrina que considera a la declaración interpretativa realizada por la República Argentina, junto con la ley interna de ratificación de la CDN, como integrantes de las condiciones de vigencia del tratado mismo, y por ende su rango constitucional.

Por su parte, la Corte IDH ha dejado vislumbrar mediante su jurisprudencia, que la protección del derecho a la vida no es absoluta, y ha esbozado el “principio de la protección gradual e incremental de la vida prenatal”, lo que deja entrever un aparente conflicto que se genera entre los derechos de la mujer y la protección de la vida del nasciturus, con la consiguiente necesidad de establecer una ponderación entre los mismos.

La idea de protección incremental, se mostraría eficaz sólo en los casos en que existe mayor peso del derecho invocado contra la vida del nasciturus, como lo puede ser el riesgo cierto de vida de la madre.

## Capítulo II

### **Los Derechos Humanos Fundamentales. El derecho a la salud de la mujer y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.**

#### **Introducción**

En este capítulo se abordará el concepto de los derechos humanos fundamentales, su conceptualización en el orden interno de los Estados, como así también el significado del concepto en el orden internacional.

Se analizará el derecho fundamental a la salud de la mujer, la implicancia que actualmente tiene el mismo en cuanto a la variedad de derechos relacionados con la salud y que son objeto de invocación para solicitar la despenalización del aborto, y el tratamiento que se le da a estos en el articulado de los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados en la reforma constitucional de 1994.

Se hará mención y análisis asimismo de otros derechos de la mujer, que sectores que propugnan la despenalización del aborto impetran para la aprobación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo.

#### **2.1 Derechos Fundamentales y Derechos Humanos.**

Tradicionalmente, los términos derechos fundamentales y derechos humanos poseían un significado diferente. Por influencia de la doctrina alemana, cuando se hacía referencia a los derechos fundamentales, se hacía alusión a los derechos consagrados positivamente en la Constitución. Tal es así que el concepto de derechos fundamentales, es el que se ha impuesto en la doctrina constitucional (Aguilar Cavallo, 2010).

Particularmente en América Latina la doctrina constitucional ha distinguido entre derechos fundamentales y derechos humanos: “el lenguaje actual ha introducido la denominación "derechos humanos" para abarcar a las distintas categorías de derechos que deben recibir recepción en la constitución. Cuando ésta los positiviza se suele echar mano de otra expresión, que es la de derechos fundamentales” (Bidart Campos, 2008, p. 64).

Esta distinción que se manifestaba en sede constitucional y política, no se da en el derecho internacional de los derechos humanos, a no ser sólo para enfatizar la fuerza vinculante y la jerarquía normativa de unos determinados derechos humanos. El dinamismo



que ha registrado la evolución de los derechos humanos desde la segunda guerra mundial en el ámbito internacional, ha hecho que el derecho constitucional haya quedado empantanado en el ámbito interno de los Estados (Aguilar Cavallo, 2010).

En nuestro orden jurídico, el sistema de derechos ha tenido una progresiva evolución:

El sistema de derechos en nuestro constitucionalismo argentino ha transcurrido por tres fechas: 1853-1860, que es la de la constitución histórica; 1957, que es la de la reforma que en el art. 14 bis incorporó un eje de constitucionalismo social; la de 1994, que teniendo prohibido introducir enmiendas a los 35 primeros artículos dio acogimiento a la fuente internacional en el Art. 75 Inc. 22 e inc. 24, a más de conferir la misma jerarquía de la constitución a varios instrumentos internacionales de derechos humanos, y de acentuar fuertemente en la parte orgánica de la constitución la valoración del orden institucional, de la democracia, del pluralismo, de la igualdad de oportunidades, de la participación, etc. (Bidart Campos, 2008, p. 65).

El otorgamiento de jerarquía constitucional a los instrumentos de Derechos Humanos incluidos en el art. 75° inc. 22° a partir de la reforma de la constitución en 1994, ha desprovisto de operatividad a esa separación conceptual que existía entre derechos fundamentales y derechos humanos, ya que ahora es posible aludir -no sólo al conjunto de derechos fundamentales enunciados en la primera parte de la Constitución argentina, en la de los derechos implícitos del art. 33° o al derecho natural- sino también al derecho positivo constitucional.

Nuestro sistema de derechos se nutre así de dos fuentes: la interna -a través de la Constitución Nacional- y la externa mediante el derecho internacional de los derechos humanos. El año 1994 que correspondió a la reforma constitucional y a través de la cual se incorporó la fuente internacional -otorgándose la misma categoría que la constitución a varios instrumentos internacionales de derecho humanos- “proporciona un catálogo denso de derechos, valores y principios en la constitución actual” (Bidart Campos, 2008, p. 65).

Tal es así que Nino (1989) desde épocas muy tempranas, cuando hablaba de derechos humanos, se refería a “situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo nacional e internacional, como los artículos 14 y 18 de la Constitución de la nación argentina, o en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966” (Nino, 1989, p. 15).

Esta distinción analizada entre derechos fundamentales y derechos humanos, conserva cierta relevancia, al remitirnos al art. 75° inc. 22° de la Constitución Nacional (CN), en el que la norma aclara que los tratados internacionales incorporados “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Silvestroni (2018) -refiriéndose a lo expresado supra- plantea el hecho de que determinar el alcance preciso de esta disposición es primordial para establecer si los derechos de la primera parte de la CN -frente a una colisión- son jerárquicamente superiores a los derechos de los tratados, y si una disposición de estos últimos (o de sus organismos de control) puede otorgar una potestad estatal apta para limitar un derecho de la primera parte. Es así entonces -continúa- que la disposición del art. 75°, “puede ser interpretado como una jerarquización de los derechos vigentes con anterioridad, para evitar que se vean acotados por la incorporación de los nuevos” (Silvestroni, 2018, p. 170). El autor concluye con este razonamiento en el que los derechos de la primera parte de la CN tendrían una jerarquía superior a los derechos de los tratados.

Una cosa es que los derechos nuevos puedan colisionar en igualdad de condiciones en el contexto de pluralismo necesario para la mayor vigencia de la totalidad de los derechos constitucionales, y otra cosa diferente es que un derecho se vea directamente menoscabado por una disposición establecida en un tratado (...) Esta previsión del tratado es inconstitucional porque choca abiertamente con el alcance de un derecho de la primera parte. (Silvestroni, 2018, p. 172)

En el ámbito internacional se utilizan indistintamente los términos derechos humanos o derechos fundamentales. Cuando se habla allí de derechos fundamentales, no se habla en el sentido de derechos positivados (como en el derecho constitucional), pero debe tenerse en cuenta según Aguilar Cavallo (2010) que en el ordenamiento internacional también existe el derecho positivo, entendido éste como derecho escrito. El mencionado autor refiere que en el ámbito universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuando se habla del núcleo duro del sistema normativo universal de protección del ser humano, también se habla de “convenios fundamentales de derechos humanos”.

En consecuencia de lo expuesto, parece razonable unificar la terminología y hablar de “derechos humanos fundamentales”, concepto que englobaría tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales.

Minyersky y Flah (2014) prefiere la utilización de la expresión “derechos fundamentales”. La autora refiere que existen dos razones por las cuales es apropiado la utilización del mismo; la primera porque no está necesariamente relacionada con categorías como hombre, ciudadano, habitante, etc. que no representan la totalidad de lo que se pretende abarcar, y por otro -y el más importante- por su carácter fundante, “dan origen a una serie de normas y se constituyen en parte del bloque de constitucionalidad, y por lo tanto, de la norma de reconocimiento de un ordenamiento jurídico.” (Lorenzetti, 2006, citado por Minyersky y Flah, 2014, p. 2).

Según las Naciones Unidas, los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier condición.<sup>36</sup>

Aguilar Cavallo (2010) alude al hecho de que el sistema de promoción y protección internacional de los derechos humanos, han posicionado al individuo y su dignidad y derechos, en un lugar privilegiado, derechos estos emanados de la dignidad humana.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III), dio vida a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en la que se enuncia una lista de treinta artículos que enumeran los derechos humanos universales. El primer considerando de su preámbulo sienta como base la necesidad de reconocer a la dignidad humana como cimientos de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. La DUDH lista principios sociales, individuales, económicos, culturales y civiles, que más tarde se vieron suplementados con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los 30 derechos enunciados son los siguientes:

- 01.-Todos los seres humanos nacen libres e iguales.
- 02.-Todas las personas tienen los derechos proclamados en esta carta.
- 03.-Todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad.
- 04.-Nadie será sometido a esclavitud ni a servidumbre.
- 05.-Nadie será sometido a penas, torturas ni tratos crueles o inhumanos.
- 06.-Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- 07.-Todos tienen derecho a la protección contra la discriminación.

---

<sup>36</sup> Fuente: Naciones Unidas – Recuperado el 18/04/2019 de: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>

- 08.-Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales.
- 09.-Nadie podrá ser detenido, desterrado ni preso arbitrariamente.
- 10.-Toda persona tiene derecho a un tribunal independiente e imparcial.
- 11.-Toda persona tiene derecho a la presunción de inocencia y a penas justas.
- 12.-Toda persona tiene derecho a la privacidad, la honra y la reputación.
- 13.-Toda persona tiene derecho a la libre circulación y a elegir libremente su residencia.
- 14.-Toda persona tiene derecho al asilo en cualquier país.
- 15.-Toda persona tiene derecho a una nacionalidad y a cambiar de nacionalidad.
- 16.-Todos los individuos tienen derecho a un matrimonio libre y a la protección de la familia.
- 17.-Toda persona tiene derecho a la propiedad individual o colectiva.
- 18.-Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- 19.-Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión.
- 20.-Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación.
- 21.-Toda persona tiene derecho a participar, directa o indirectamente, en el gobierno de su país.
- 22.-Toda persona tiene derecho a la seguridad social.
- 23.-Toda persona tiene derecho al trabajo y la protección contra el desempleo.
- 24.-Toda persona tiene derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.
- 25.-Toda persona tiene derecho al bienestar: alimentación, vivienda, asistencia médica, vestido y otros servicios sociales básicos.
- 26.-Toda persona tiene derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad.
- 27.-Toda persona tiene derecho a tomar parte en la vida cultural de su comunidad.
- 28.-Toda persona tiene derecho a un orden social que garantice los derechos de esta carta.
- 29.-Toda persona tiene deberes con respecto a su comunidad.
- 30.-Nada de esta carta podrá usarse para suprimir cualquiera de los derechos.<sup>37</sup>

La DUDH fue la primera gran referencia sobre principios y derechos humanos a nivel mundial. Lista principios sociales, individuales, económicos, culturales y civiles que posteriormente con el correr de los años y la actividad de los diversos organismos de Derechos Humanos se han ido diferenciando y ampliando, conforme a su principio general de progresividad. Este principio, es uno de los seis principios generales que rigen el derecho internacional de los Derechos Humanos, junto con la presunción de autoejecutividad, el de

---

<sup>37</sup> Fuente: NACIONES UNIDAS – Sitio Web. Recuperado el 24/07/2019 de: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

subsidiariedad, el de provisión de un standard mínimo de protección, el principio general de irreversibilidad y el de convergencia con el derecho interno (Manili, 2017). El principio de irreversibilidad requiere especial atención, en el sentido de que una vez que se ratifica un tratado y se reconoce un derecho como inherente a la persona, no existe la posibilidad de dar marcha atrás sobre el mismo. El Estado debe seguir reconociendo ese derecho, aun cuando luego denuncie ese tratado (Manili, 2017).

## **2.2 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina el 8 de agosto de 1986 y aprobado por ley n°23.313 del 17 de abril de 1986 con reservas.

El artículo del PIDESC relacionado con el tema objeto de análisis, es el enunciado en su art. 12° que reconoce el derecho a la salud física y mental, y en el que se interpela a los Estados Partes a que tornen operativo este derecho, apuntando principalmente a la reducción de la mortinatalidad y mortalidad infantil y la protección de los niños.<sup>38</sup>

El órgano de control e interpretación del Pacto es el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), el cual en su 22° período de sesiones en Ginebra -realizadas del 25 de abril al 12 de mayo de 2000- enuncia las cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto. En relación al art. 12° expresa que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos (...) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud (...) el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad

---

<sup>38</sup> ARTICULO 12. LEY N° 23.313 de Aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo (17/03/1986). 1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada”.<sup>39</sup>

Cuando se enuncia el contenido normativo del artículo, se desarrolla el concepto de derecho a la salud: “el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”. En cuanto al apartado a) del párrafo 2º del artículo 12º -el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva- plantea la necesidad de “adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto”.<sup>40</sup>

En lo concerniente a los temas de alcance general, se pone de manifiesto expresamente la necesidad de no discriminación a la mujer e igualdad de trato y se recomienda a los Estados que incorporen la perspectiva de género en sus políticas.

Es pertinente señalar la interpretación amplísima que realiza el Comité del art. 12º del Pacto, en el que se aborda el derecho a la salud no en un sentido restrictivo, sino amplio y dentro del que se vislumbran para la persona toda clase de libertades y derechos. Se menciona el derecho a controlar la salud y el cuerpo, la libertad sexual, a no padecer injerencias, a no ser sometido a torturas ni a tratamientos médicos no consensuales, en un listado que excede el marco establecido originalmente por el artículo en análisis.

El Comité también aclara que el concepto de salud enunciado en el PIDESC, no es el que figura en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que concibe a la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades"<sup>41</sup>, aunque señala la “amplia gama de factores socioeconómicos” que reconoce el derecho a la salud.

---

<sup>39</sup> Fuente: Naciones Unidas – Consejo Económico y Social. Observación General 14 (11/08/2000). Recuperado el 30/05/2019 de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

<sup>40</sup> Fuente: Naciones Unidas – Consejo Económico y Social. Observación General 14 (11/08/2000). Recuperado el 30/05/2019 de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

<sup>41</sup> Fuente: Sitio Web Organización Mundial de la Salud. Recuperado el 31/05/2019 de: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>

De la lectura íntegra de los artículos del pacto, en ninguno se hace referencia al aborto, ni se menciona a éste como una herramienta que contribuya a la salud de la persona humana. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), -organismo de control de aplicación del pacto- en las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, en sus sesiones 36ª y 37ª celebradas los días 27 y 28 de septiembre de 2018, aprobó en su apartado n°56 una serie de recomendaciones relacionadas con el aborto. En ellas se recomienda la aplicación en todas las provincias de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2012 (F.A.L. s/medida autosatisfactiva), pide se garantice el acceso a medicamentos como el misoprostol y la mifepristona, establecer el marco legal y los servicios necesarios para garantizar el acceso al aborto en los casos permitidos por la ley y su inciso f), el cual se transcribe textual: “Tomar todas las medidas necesarias para liberalizar las condiciones para el aborto legal y en todo caso nunca criminalizar a las mujeres que recurren al aborto”.

Asimismo, en la Observación General n°22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva del CDESC dada a conocer el 8 de marzo de 2016 y en relación al art. 12° del Pacto, menciona que "...la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o negación del aborto a menudo conducen a la mortalidad y morbilidad materna, que a su vez constituye una violación del derecho a la vida o la seguridad, y en ciertas circunstancias, puede equivaler a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes".<sup>42</sup>

Si bien las recomendaciones iniciales que realiza el Comité relacionadas con el aborto se encuentran enmarcadas dentro de las causales permitidas que establece el Código Penal Argentino, parecen razonables y consideradas dentro de la necesidad de preservar la salud de la mujer que accede a un aborto dentro de las permisiones del ordenamiento legal argentino.

No sucede lo mismo con el inciso f) del referido apartado, ya que en el mismo expresamente se recomienda al país la liberalización de las condiciones para el aborto legal y no criminalizar a las mujeres que recurran a él. Es pertinente preguntarnos si en esta recomendación no surge una clara extralimitación de las competencias del órgano de control y también una cierta contradicción con el articulado del pacto, al que debe su origen y su razón de ser.

---

<sup>42</sup> Observación General n°22 del CDESC. Recuperado el 20/05/2019 de: <https://www.google.com/search?q=Observacion+general+n%C2%B022&oq=Observacion+general+n%C2%B022&aqs=chrome..69i57.8509j1j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>



Esta situación se replica en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, la que se desarrollará a continuación.

### **2.3 La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.**

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, ratificada por la República Argentina el 15 de julio de 1985 y aprobada por ley n°23.179 del 8 de mayo de 1985, con reservas.

El preámbulo de la CEDAW reafirma el principio de la no discriminación, proclamando la libertad e igualdad en dignidad y en derechos de toda persona, sin distinción de sexo. Resalta el hecho de que la discriminación contra la mujer se constituye en un obstáculo para el bienestar de la sociedad y de la familia, y entorpece el pleno desarrollo de sus posibilidades. Señala que la situación de pobreza de la mujer le impone un acceso mínimo a derechos tales como la salud, entre otros. Entre otras cuestiones, destaca la importancia social de la maternidad y que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación.

El articulado de la CEDAW entonces, dentro de este marco general del principio de la no discriminación de la mujer, hace referencia en su art. 12<sup>o</sup><sup>43</sup> a los servicios de atención médica en general y a los vinculados a la planificación de la familia en particular, propiciando que esos servicios sean adecuados en relación a todas las etapas del embarazo.

Por su parte, el art. 16<sup>o</sup>, en su apartado 1<sup>o</sup>, inciso d y e<sup>44</sup> establece respecto de las decisiones que tengan que ver con los hijos, que las mismas serán de carácter primordial,

---

<sup>43</sup> Ley N° 231791. Apruébase la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Art. 12°: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo I supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

<sup>44</sup> Ley N° 231791. Apruébase la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Art.16°: 1. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos



como así también el derecho a la decisión libre y responsable del número de estos, los lapsos entre cada nacimiento y el derecho a disponer de la información, la educación y los medios para poder ponerlos en práctica.

Ni de la lectura del texto de la Convención, ni de su protocolo facultativo, surge referencia alguna al aborto, a pesar de que se vincula desde sectores proclives a la despenalización la prohibición del derecho al aborto como una forma de discriminación hacia la mujer. Tampoco en el concepto referido a los servicios médicos relativos a la planificación de la familia enunciados en el art. 12°.

El artículo 16° en su inciso e) -en el que se menciona el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos- no puede asimismo ser vinculado a la práctica del aborto, ya que incluye la idea de responsabilidad, que se menciona también en el inciso d) del mismo artículo, en el que se señala que “los intereses de los hijos serán la consideración primordial” (Bach de Chazal, 2011).

Cuando el texto de la Convención habla de responsabilidad, en el sentido común y habitual del término, se refiere al “cumplimiento de las obligaciones” y la “capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.”<sup>45</sup>, esto sin tener en cuenta desde el punto de vista legal, de las distintas responsabilidades que implica: la civil y la penal.

Minyersky y Flah (2014) por su parte, se refieren al mismo contenido de los artículos 12° y 16° de la CEDAW, para realizar una vinculación entre los que estas autoras denominan “derechos reproductivos y sexuales” y los derechos humanos. Mencionan así a la Convención como partícipe en un alto grado de relevancia en materia de estos derechos, dejando entrever que el pleno goce de los derechos sexuales y reproductivos, habilitan a las mujeres a poder decidir sobre la continuidad de sus embarazos, vinculándolos con la integridad corporal, la autonomía, la igualdad y la diversidad. Los derechos reproductivos y sexuales engloban de esta manera la atención segura del embarazo y parto, la anticoncepción efectiva, los tratamientos para la infertilidad, la información actualizada y veraz sobre la sexualidad y salud reproductiva, los derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, la

---

los intereses de los hijos serán la consideración primordial. e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”

<sup>45</sup> Fuente: Diccionario de la lengua española. RAE. Recuperado el 24/07/2019 de: <https://dle.rae.es/?w=responsabilidad>

prevención y el tratamiento de enfermedades de transmisión sexual y VHI/sida y de los cánceres génito-mamarios, sino también “la libertad de vivir la sexualidad en condiciones seguras y dignas, el derecho a no sufrir violencia, abuso, o coerción sexual o corporal” (Minyersky y Flah, 2014, p. 6).

Todos los derechos enumerados aplicados en sentido positivo y con la debida diligencia y planificación de los Estados, no parecen mostrar indicadores que deban afectar el derecho a la vida del nasciturus. Vítolo (2011) se refiere a esta cuestión cuando dice que de los términos de la CEDAW no existe evidencia de la que pueda extraerse el reconocimiento de un derecho al aborto, y en su articulado sólo se circunscribe a garantizar el derecho de la mujer a acceder a servicios de atención médica relacionados con la planificación familiar.

Si bien no existe una referencia directa al aborto en el texto de la Convención, el Comité de la CEDAW -su órgano de vigilancia- ya en su 20° período de sesiones el 2 de febrero de 1999 en su recomendación general n°24 menciona que los Estados Parte deberían enmendar “la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”<sup>46</sup>. En sus Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina del 25 de noviembre de 2016, el Comité de la CEDAW muestra su preocupación por el limitado acceso al aborto legal en Argentina, insta a acelerar la aprobación del proyecto de ley relativo a la interrupción voluntaria del embarazo “aumentando el acceso legal al aborto, no solo en los casos de violación y de riesgo para la vida o la salud de la madre, sino también en otras circunstancias, como en los casos de incesto y riesgo de graves malformaciones del feto.”<sup>47</sup>

Ocantos (2012) señala que el ejemplo precedente es una clara muestra del hecho de que un órgano de control de un tratado contraría expresamente lo dispuesto por el mismo, situación que se replica en las observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño en relación a la cuestión del aborto en Argentina. Bach de Chazal (2011) al abordar este análisis, expresa que no parecen fundadas en derecho las pretensiones del Comité existiendo una clara extralimitación de sus competencias.

<sup>46</sup> CEDAW - RECOMENDACIÓN GENERAL N° 24. Recuperado el 25/06/2019 de: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

<sup>47</sup> CEDAW - Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina, en sus sesiones 1443ª y 1444ª, celebradas el 1 de noviembre de 2016. Recuperado el 20/06/2019 de: <https://www.ohchr.org/SP/Countries/LACRegion/Pages/ARIndex.aspx>

Schiro (2018) por su parte, -desde una perspectiva de género- sigue en su análisis la lógica del Comité de la CEDAW, enmarcando los derechos reproductivos dentro del derecho a la salud de las mujeres. En estos últimos engloba el necesario acceso que debe garantizar el Estado a los servicios de salud reproductiva que aquellas requieren e incluye dentro de esos “servicios” al aborto, además de mencionar la anticoncepción de emergencia y los servicios obstétricos. Este último sí parece relacionarse con los servicios de salud a los que hace referencia el tratado cuando dice en su artículo 12°: “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto”.

En nuestro derecho interno, la referida convención ha tenido correlato en la sanción de distintas leyes tales como la “Ley de Identidad de Género” n°26.743, la “Ley de Matrimonio Igualitario” n°26.618, la “Ley de Parto Humanizado” n°25.929, la ley n° 25.673 que crea el “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” y la “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” n° 26.485, para citar las más representativas.

Una vez más, la cuestión de la ampliación de derechos se pone de manifiesto fundamentada en el principio de progresividad de los derechos humanos, una tendencia a la extensión de estos, tanto en su número como en su contenido (Manili, 2017).

#### **2.4 El derecho a la privacidad y a la autonomía de la mujer**

El derecho a la privacidad es otro de los derechos que se enuncia por parte de la mujer. El mismo se halla contenido en el art. 19° de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” El mismo concuerda con la fuente externa de nuestro bloque de constitucionalidad en el siguiente orden: con el art. 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con el art. 12° de la Declaración Universal de los derechos Humanos, con el art. 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el art. 13° ap. 2 a y ap. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La amplitud de este derecho, que reconoce al individuo un ámbito de autonomía sobre un conjunto de decisiones individuales, subsume otros derechos más refinados, y que se han ido develando con el desarrollo histórico de la sociedad,

tales como la libertad sexual, el derecho a disponer del propio cuerpo e, incluso, los llamados "derechos reproductivos". (Vítolo et al., 2011, p. 6)

Para Gelli (2018) este artículo de nuestra Carta Magna abre la perspectiva al ciudadano para atribuirse la potestad de elegir el propio plan de vida, refiriendo que el aspecto primordial de su primera parte es justamente el principio de la autonomía de la persona humana, aunque no coloca al Estado en una posición indiferente en “materia de fines y medios relativos al orden, la moral pública y la prohibición de causar daño a terceros” (...) “no renuncia a fines tuitivos, ni de bien común, ni de bienestar general, todos ellos reconocidos en el Preámbulo de la Constitución” (Gelli, 2018, p. 439).

Sagüés (2007) por su parte refiere que “el mundo privado no es una esfera ajena al derecho” y enumera tres tipos de conductas dirigidas a diferenciar el ámbito privado de lo público: las acciones privadas internas, que son los comportamientos privados en sentido estricto; las acciones privadas externas, que trascienden al hombre que las realiza pero no interesan al orden y a la moral pública ni causan perjuicio a terceros; y las acciones públicas, que son acciones externas y preocupan al bien común, regulables por el Estado y prohibidas por éste. Asimismo, describe cuál es el concepto constitucional del orden público, moral pública y perjuicio a terceros:

a) ORDEN PÚBLICO. Esa expresión alude, en el derecho constitucional argentino, al interés general o colectivo (Casiello) y, en definitiva, al bien común, entendido como bien del público en general y no solo de una parte (aunque sea la mayoritaria). b) MORAL PÚBLICA. ÉTICA PÚBLICA. El concepto de "moral pública es discutido, ya que para algunos remite a la moral católica, que era la que prevalecía en la Constituyente de 1853 (Valiente Noilles), mientras que para otros el contenido de la moral pública está regulado por las costumbres sociales. La jurisprudencia de la Corte Suprema parece haberse inclinado hacia esto último. c) PERJUICIO A TERCEROS. La directriz constitucional es aparentemente clara: una acción privada deja de serlo si causa daños a los demás. Para la Corte debe tratarse, eso sí, de un daño a un bien jurídico razonablemente evaluado. (Sagüés, 2007, p. 674)

Según el autor, constitucionalmente el derecho a la autonomía de la mujer encontraría su límite en el momento en el que ocasionaría un daño a terceros. Si ocasiona un daño a terceros, ese acto no es privado y se constituiría en una cuestión de orden público.

El aborto solicitado como expresión de la autonomía personal, bajo la regla del art. 19° de la CN, no sería constitucional, ya que con el nasciturus se está en presencia de vida humana personal (Gelli, 2018). “Ni constituiría un caso de interferencia irrazonable por parte del Estado que (...) penara la conducta abortiva, dado que la autoridad pública está protegiendo del daño -el mayor daño posible, la muerte- a un tercero, el no nacido” (Gelli, 2018, p. 448-449).

En aras del argumento del derecho a la autonomía, los partidarios de la despenalización del aborto, aducen que las mujeres no deberían ser obligadas a cargar con el feto dentro de sus cuerpos. Judith Jarvis Thomson fue la que en un ensayo de filosofía moral denominado “A Defense of Abortion” publicado en 1971 presentó uno de los argumentos más convincentes al respecto.

Thompson (1971) utilizó lo que se denomina “experimentos de pensamiento” para tratar de poner en evidencia que el derecho del feto a la vida no puede imponerse al derecho de la mujer embarazada a tener “jurisdicción sobre su cuerpo”. Para ello propone el ejemplo de un famoso violinista inconsciente afectado por una enfermedad renal grave, que se encuentra conectado a una mujer que puede mantenerlo con vida gracias a que posee su mismo tipo de sangre. Que la mujer tiene el derecho de desconectarse, y que este acto no viola el derecho a la vida del violinista, por el hecho de que la mujer lo único que hace es privarlo del uso de su cuerpo, al cual aquél no tiene derecho.

Utilizando este ejemplo, la filósofa estadounidense realiza una analogía con el derecho del nasciturus, argumentando que el aborto no viola el derecho legítimo a su vida, sino que simplemente lo priva del uso no consensuado del cuerpo y las funciones de soporte vital de la mujer, a lo que no tiene derecho (Thompson, 1971).

Gargarella (2018) al analizar el argumento de Thompson, menciona que su ejemplo fue un punto de apoyo importante para reivindicar el derecho a la integridad corporal de las mujeres y su derecho a la igualdad, “ello, en particular, teniendo en cuenta que sólo las mujeres, no los hombres, pueden quedar embarazadas” (Gargarella, 2018, p. 3). Asimismo, refiere que la fuerza del argumento de la filósofa es limitado, ya que presentaría debilidades al momento de justificar el aborto por motivos triviales.

Gargarella (2018) cuando aborda la cuestión del derecho a la privacidad, directamente plantea la dicotomía entre la visión -para él simplista- de la mujer que reclama el derecho a la

privacidad y la autonomía de la persona del art. 19° para poder disponer de su propio cuerpo, y los que por otra parte enarbolan el argumento constitucional del daño a terceros para impedir el ejercicio de ese derecho. Concluye que no toda acción que perjudique a un tercero debe considerarse prohibida, que existe un margen amparado constitucionalmente que permite perjudicar a un tercero y que esta afectación puede regularse legalmente.

“En definitiva, se puede defender la autodeterminación de la mujer, y regular cualquier afectación real, potencial, posible, sobre terceros. Más todavía, en honor de la autonomía, esa regulación puede implicar el completo desplazamiento del derecho del tercero involucrado” (Gargarella, 2018, p. 2).

El autor pone de relieve que el argumento constitucional del “daño a terceros” no deja claro ni el sentido ni el peso del mismo y que no toda acción que perjudique a terceros debe considerarse prohibida. El aspecto más sólido de este argumento, se pondría en evidencia en los casos en que el derecho a la vida del nasciturus deba ser desplazado ante el derecho a la vida de la mujer, o en otra causal establecida en el Código Penal Argentino. Aquí el peso del daño a un tercero (a la vida del feto) se ve justificado por la salvaguarda de la vida o la salud de la mujer.

Este razonamiento remite al concepto de “ponderación”, en donde -tanto el legislador como el juez- deben verse en la necesidad de evaluar la entidad y el peso de los derechos que entran en conflicto.

### **Conclusión parcial**

La reforma constitucional de 1994 que habilita la fuente de derecho externa a través del reconocimiento en las condiciones de su vigencia de los tratados internacionales de Derechos Humanos, dio lugar a una tendencia manifiesta hacia la extensión de los derechos humanos en toda su completitud y variedad. De esta forma una nueva y amplia gama de derechos humanos fundamentales son objeto de invocación por parte de amplios sectores de la ciudadanía.

Merece entre éstos especial atención el derecho a la salud como un derecho madre, dentro del cual se enmarcan desde una visión de género otros derechos, tales como los sexuales y reproductivos, y dentro de un discurso que ya no es el tradicional de los derechos humanos. Se pretende enmarcar desde esta perspectiva, al aborto como una de las

herramientas integrantes de los derechos sexuales y reproductivos que a su vez derivan del derecho a la salud de las mujeres, aunque desde el análisis efectuado no se ha detectado una relación causal entre aborto y salud, más allá de las recomendaciones realizadas por los órganos de control de los tratados.

La densidad de derechos que emanan de los Instrumentos Internacionales de derechos Humanos, tales como el PIDESC y la CEDAW, en muchas ocasiones se encuentran mencionados de manera ambigua e imprecisa lo que constituye un obstáculo para poder establecer límites estrictamente jurídicos. Esta imprecisión es utilizada a favor de los sectores que propugnan la despenalización del aborto.

Lo antedicho se relaciona con el concepto de vigencia mutativa de los tratados a través de sus órganos de aplicación e interpretación de los mismos, consecuencia lógica de concebir el sistema de Derechos Humanos como un orden moral en constante construcción a tal punto de que lo que disponga -por ejemplo- la CIDH será necesariamente obligatorio aunque sus resoluciones no tengan fundamento en los Tratados (Ocantos, 2017). Que su característica dinámica se encuentra obviamente emparentada con uno de los principios generales que lo rigen, como lo es el de progresividad, en el sentido de la extensión de los mismos en forma continuada e irreversible. Que esta mutabilidad llevada de la mano de sus órganos de aplicación e interpretación, entraña ciertos peligros en el sentido de que la invocación de un determinado derecho se realice en forma en que el mismo exceda sus límites.

### **Capítulo III: la ponderación de los Derechos Fundamentales. La aplicación del Principio de Razonabilidad**

#### **Introducción**

En este capítulo se abordará el análisis del momento en que los derechos fundamentales del nascituro y de la mujer entran en contraposición y necesitan ser examinados desde la materia constitucional, a fin de establecer una ponderación de los mismos.

Se analizará el juicio de ponderación desde la óptica de la teoría general de los derechos fundamentales, tratando de determinar si este conflicto de derechos es en realidad un conflicto aparente y los derechos fundamentales por su naturaleza misma es imposible que entren en colisión, propiciando una visión en la que la verdadera solución es la de una armonización entre los mismos.

Se observará cómo aplica esta herramienta la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del Principio de Razonabilidad, cuestión crucial cuando se invocan pretensiones de actores en el proceso jurídico que intentan avanzar sobre derechos fundamentales de la otra parte.

Finalmente desarrollaremos la doctrina del doble efecto, principio que opera como una guía para el razonamiento jurídico de los jueces y de los legisladores.

#### **3.1 Ponderación de derechos.**

Como ha sido desarrollado en el capítulo anterior, la Constitución Nacional Argentina a través de la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en su art. 72° inc. 22°, con la consiguiente declaración interpretativa realizada al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, reconoce la personalidad humana del nasciturus, por lo que “en nuestro país cualquier regulación sobre el tema aborto debe, necesariamente, considerar que se trata siempre de contraponer los derechos involucrados de dos personas” (Vítolo et al., 2011, p. 4-5).

En este punto del análisis, todo parece conducir en la dirección en que el derecho del nasciturus y el de la mujer entran en conflicto.



Se habla de “ponderación”, haciendo referencia a lo que en teoría jurídica se denomina “juicio de ponderación”. También conocido como test de proporcionalidad, de balance, de razonabilidad o juicio de razonabilidad.

Es dable mencionar entonces por un lado el derecho fundamental de la mujer a la salud física, psíquica y social y el derecho fundamental a la vida del nasciturus por otro, derechos éstos que se presentan como contrapuestos cuando abordamos la problemática del aborto.

Es que en el marco de la regla de reconocimiento constitucional argentina, el derecho a la vida extiende su tutela a partir del momento de la concepción intra o extracorpore en virtud de lo dispuesto por la declaración interpretativa realizada por el Estado argentino a la Convención sobre los derechos del niño y sobre la base de la proyección del principio pro homine. Sin embargo esto no implica que dicho derecho fundamental y humano tenga a priori una mayor jerarquía constitucional que el resto de los derechos o que no presente una gradualidad ontológica susceptible de ser ponderada. A un tutelado por el Estado argentino a partir del momento de la concepción, el derecho a la vida puede ceder respecto de otros derechos que prevalecen sobre el mismo ante determinadas y particulares situaciones fácticas. (Gil Domínguez, 2011, p. 5)

Queda claro de la manera expuesta que ante dos derechos antagónicos, nuestra doctrina y jurisprudencia expresan la necesidad de evaluar cada uno y de ser necesario relegar aquel de menor entidad.

En conclusión, no todos los derechos tienen la misma valuación. Algunos son más preciados que otros y, en caso de oposición, habrá que preferir los derechos más importantes sobre los menos "significativos". Esto no produce, necesariamente, que en una confrontación determinada el derecho menos importante concluya desplazado; pero bien puede pasar así. (Sagües, 2014, p. 637)

Es entonces posible enunciar el hecho de que ante un “conflicto” entre derechos propiamente dicho, le debe seguir una valuación y ponderación de los mismos, y que el juez en la evaluación del caso concreto, determinará cuál de ellos queda desplazado.

Arnold, Martínez Estay, Zuñiga Urbina (2012) tratan el tema refiriéndose directamente a la aplicación del “principio de proporcionalidad” como criterio de solución de

conflictos de derechos. Siguiendo a los autores, el concepto de proporcionalidad tiene su origen en el derecho prusiano de policía, donde cumplía una función orientativa cuando de intervenir en las libertades individuales se trataba. Desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, el Tribunal Constitucional Alemán desarrolla este concepto como un principio general de rango constitucional.

En esencia el principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF), la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. (Arnold et al., 2012)

Rodríguez Mendoza (2011) hace alusión al término “juicio de ponderación”, y expresa que éste se ha convertido en un criterio metodológico distinto al que tradicionalmente se conoce, y que resulta aplicable en el caso de que tenga como finalidad resolver un conflicto de principios (derechos fundamentales, bienes jurídicos, intereses, etc.). Que en una primera instancia es el legislador quien ponderará los derechos en cuestión al momento de formular una iniciativa de ley, pero la última palabra será la de los tribunales que tienen competencia en materia constitucional. También enumera de manera taxativa los requisitos conforme a los que se lleva a cabo el juicio de ponderación: fin legítimo (fin constitucionalmente legítimo que lo fundamente), idoneidad o adecuación (que la medida restrictiva resulte adecuada para cumplir el fin legítimo), necesidad (la medida debe ser la que menos restrinja el derecho fundamental que se afecta), y -el más importante- la proporcionalidad en sentido estricto (respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales).

Es en esta fase donde se da el verdadero juicio de ponderación, también llamado juicio de proporcionalidad, pues aun cuando el fin legítimo, la idoneidad y la necesidad resultan factores que van dando luz al juicio de ponderación, es en la proporcionalidad donde atendiendo a los requisitos previos se da el verdadero juicio de valor que habrá de determinar cuál es el principio constitucional que debe prevalecer; y que en el caso concreto de la inconstitucionalidad de una ley, habrá de determinar si el derecho constitucional reglamentado en la ley debe prevalecer al que se le contraponga por tener un fin legítimo, ser idóneo y necesario, pero sobre todo por representar un beneficio evidentemente superior en relación con el perjuicio que se cause con la restricción respectiva, restricción que como ya se dijo no puede

considerarse absoluta y mucho menos general. (Rodríguez Mendoza, 2011, p. 4)

No es posible entonces definir bien una relación de ponderación sin tener en cuenta una relación de proporcionalidad entre los derechos en juego, que no busca invalidar uno de los derechos en conflicto, sino preservar ambos, aunque dicho ejercicio implique reconocer la primacía de uno sobre otro.

La doctrina de Alexy es la que difunde la idea de que los derechos y libertades pueden colisionar y que es posible recurrir a la proporcionalidad y a la ponderación para resolver este conflicto (Arnold et al., 2012). Cuando se refiere al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, Alexy (2010) menciona tres pasos en el que puede desglosarse el mismo: la intensidad de la intervención (el grado de intervención de uno de los principios afectados), la importancia de las razones para la intervención, y la justificación de la intervención (si la importancia del principio que se satisface justifica la afectación del otro). La valoración de estos tres pasos entonces, determinaría según el autor el peso (lo denomina “peso definitivo”) de los principios en concurrencia, y también el grado de afectación de los mismos en el juicio de proporcionalidad. Alexy (2010) para determinar este grado, expresa que es posible la utilización de una escala de tres intensidades, donde el grado de afectación de un principio puede ser leve, medio o intenso.

Si tratamos de trasladar esta escala que menciona Alexy en su doctrina al ejemplo de un caso concreto en que una mujer embarazada pretenda acceder a un aborto alegando que llevar a término el embarazo afectaría su salud psíquica por ser un hijo no querido, la terminación de la vida del nasciturus podría catalogarse como intensa, mientras que la afectación de la salud psíquica de la mujer podría graduarse sólo como media o leve.

A la variable del peso definitivo, Alexy (2010) incorpora otras dos: las que él llama “peso abstracto de los principios relevantes” y “la seguridad de las apreciaciones empíricas”. La primera se refiere a la importancia en abstracto que pueden llegar a tener los principios en conflicto, en relación a la concepción de valores predominante en una sociedad. La segunda hace alusión al grado de certeza que posean los datos empíricos de que se dispongan en la evaluación del caso concreto. En el ejemplo expuesto en el párrafo precedente, el peso abstracto de los principios relevantes se evidenciaría en la importancia que se le da al derecho a la vida en una sociedad determinada, que puede tener mayor preeminencia sobre otros

derechos fundamentales. La seguridad de las apreciaciones empíricas por su parte, lo constituiría la certeza de la afectación psíquica que efectivamente tendrá la mujer de continuar con el embarazo.

En base a la exposición de los autores mencionados, y siguiendo con el ejemplo planteado, quizás el único derecho fundamental que podría superar un juicio de ponderación en los términos de Alexi ante el derecho a la vida del nasciturus, es el derecho a la salud física (riesgo de vida) y psíquica (trauma de una violación) de la madre.

Arnold et al., (2012) realizan una crítica de la doctrina de Alexy, en los mismos términos que la mayoría de los autores que critican la visión conflictivista de los derechos fundamentales: asumir que derechos y normas son lo mismo, que los derechos colisionan entre sí y no tienen límites, suponer que un derecho debe ser sacrificado en favor de otro (consecuencialismo: la consecución de un bien se hace a costa de otro bien), y que el parámetro en base al cual se deben sopesar los derechos no sea objetivo, sino que esa objetividad sea aparente (ej.: invocar el “interés general”, la “salud pública”, etc.).

Badeni (2006) al referirse al momento en que se contraponen el derecho al bienestar individual en sus múltiples manifestaciones, expresa que éste no puede condicionar el derecho a la vida. Plantea el autor que el primero constituye una limitación parcial y temporal contra una limitación absoluta y definitiva del segundo.

El principio de proporcionalidad entra en juego una vez más en la consideración de los autores mencionados. Vítolo (2011) hace hincapié en el hecho de que por ser el derecho a la vida un derecho fundamental, debe someterse su reglamentación al más estricto test de constitucionalidad, y que el derecho a la vida del nasciturus solo puede ceder si se le opone un derecho de superior jerarquía.

Tal cual se mencionó más arriba, la doctrina expuesta hasta aquí en cuanto al juicio de ponderación, está enmarcada dentro de una visión conflictivista de los derechos fundamentales, justamente por el hecho de que la solución se circunscribe a poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Justamente la ponderación de derechos trata de sopesar los derechos en conflicto a fin de establecer cuál de ellos tiene más peso y cuál queda desplazado (Castillo Cordova, 2005). La crítica a las posiciones conflictivistas, radican en que este proceso “puede llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos” (Castillo Cordova, 2005, p. 107).

Ferrajoli (2011) critica el rol de la ponderación por su excesiva ampliación en la interpretación judicial de las normas constitucionales, una ampliación indebida de la discrecionalidad judicial que prácticamente anula la sujeción del juez a la ley. Así, el juez puede crear normas mediante la ponderación de los principios, que pasa a ser un nuevo tipo de razonamiento jurídico. El autor se muestra partidario a que el juez debe estar lo más limitado posible, vinculado por la ley y la constitución, ya que si su poder se convierte en un poder creativo o de disposición, pierde legitimidad, propugnando así la necesidad de un lenguaje constitucional preciso y riguroso.

### **3.2 Una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales**

Castillo Cordova (2005) propone para superar el peligro de la vulneración del contenido constitucional de los derechos, abordar el análisis desde una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales. El punto de partida para esto según el autor, es tener en cuenta que la finalidad de los derechos del hombre es la persona humana, una realidad unitaria y coherente. En base a esto, razona que ningún derecho fundamental que se precie de tal, puede tener un contenido constitucional que legitime una conducta que sea contradictoria con el contenido de otro derecho fundamental.

Es por ello que plantea que la solución a la controversia entre derechos fundamentales, pasa en realidad por la determinación del contenido jurídico constitucional de esos derechos. Castillo Cordova (2005) señala que la unidad y coherencia de esa realidad se pierde al momento en que se considera a la persona en su ámbito relacional, y en la que ésta se encuentra expuesta a vincularse con otras personas también titulares de derechos (índole relacional del bien). De esta forma llega a la conclusión de que ese conflicto entre derechos fundamentales, en realidad es sólo aparente, y que el verdadero conflicto se da entre lo que él llama “pretensiones de las partes”, tal es la controversia jurídica que deberá resolver el legislador o el juez.

Castillo Cordova (2005) propone superar así el riesgo de la subsunción de un derecho fundamental sobre otro, mediante la determinación del contenido jurídico que un determinado derecho fundamental garantiza, es decir, qué es lo que protege y qué es lo que significa ese derecho.

Quando se esté frente a un caso concreto, lo que se ha de examinar es si la conducta o acto que se enjuicia con la finalidad de otorgarle o negarle

protección constitucional, cae dentro o fuera del contenido jurídico del derecho que se invoca como fundamento del acto o conducta. (Castillo Cordova, 2005, p. 117)

En el caso de conflicto entre el derecho fundamental a la vida del nasciturus y el derecho a decidir sobre su propio cuerpo de la mujer embarazada, desde esta visión, el legislador (si se hace en abstracto) o el juez (si lo hace sobre el caso concreto) debería establecer si terminar con la vida del nasciturus cae dentro o fuera del contenido constitucional del derecho de la mujer de decidir sobre su propio cuerpo. Uno de esos derechos se estará intentando ejercitar -al decir del autor- de un modo constitucionalmente incorrecto.

Se trata de establecer si una acción es protegida por el contenido de un derecho fundamental (...) pues no es posible que ambos derechos se hayan ejercitado de un modo constitucionalmente correcto, y ambos ejercicios sean al mismo tiempo contrapuestos o incompatibles entre sí. (Castillo Cordova, 2005, p. 118)

El punto central entonces es determinar quién es el que se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho. En este punto del análisis Castillo Cordova (2005) menciona la necesidad de delimitar una “frontera natural” que desde dentro de cada derecho fundamental concrete una labor de definición de los contornos de su contenido, que es una labor que puede realizar el legislador mediante la ley, incluso los órganos judiciales y el máximo tribunal de la Nación.

Esa delimitación del contenido constitucional (contenido jurídico protegido) de un derecho fundamental tiene su punto de partida en el texto de la constitución que recoge ese derecho. “Este primer momento sirve principalmente para cuando se pretende determinar si una ley (o acto normativo en general) ha respetado o no el contenido constitucional de un derecho” (Castillo Cordova, 2005, p. 119). Sumado al texto constitucional, debe tenerse en cuenta también lo que dispongan las normas de desarrollo constitucional de un derecho fundamental y los distintos tribunales que resuelven casos sobre derechos fundamentales. (Castillo Cordova, 2006). El autor refiere que esos parámetros constitucionales vendrán dados por tres elementos: la norma constitucional, la naturaleza jurídica del derecho fundamental, y la finalidad que se persiga con el mismo. El límite a cada derecho fundamental estará dado entonces por restricciones que vienen desde el exterior, fundadas desde otros bienes jurídicos. Pone de manifiesto así el riesgo de realizar una interpretación aislada de cada derecho fundamental y de la norma constitucional en la que se reconoce, “que lo convierta en

contradictorio con otras normas constitucionales o que vacíe de contenido a éstas últimas” (Martínez-Pujalte, 1997, citado por Castillo Cordova, 2006, p. 127).

Esta interpretación armonizadora de los derechos fundamentales también recurre a procedimientos tales como la ponderación y el principio de proporcionalidad, pero no se utilizarán para sopesar derechos como en la visión conflictivista, sino para “ponderar las concretas circunstancias que definen el caso que se intenta resolver” (Castillo Cordova, 2006, p. 120). Lo que se sopesarán entonces son las circunstancias, a fin de definir el alcance específico del derecho invocado.

### **3.3 La Corte Suprema de Justicia y el Principio de Razonabilidad**

El origen de la razonabilidad, se encuentra en el hecho de que los tribunales que atienden la cuestión constitucional debían procurarse de herramientas técnico jurídicas que pudieran controlar la constitucionalidad de las leyes emanadas de otros poderes de la república, tales como el legislativo, que afecten a los derechos fundamentales (Cianciardo, 2004).

En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha recurrido en materia de ponderación de derechos al principio de razonabilidad.

Razonabilidad y proporcionalidad no son lo mismo. Si bien son principios parecidos, ya que su objetivo es evitar la arbitrariedad, existe una relación entre ambos de género a especie, y la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo esta última una manifestación de la primera (Arnold et al., 2012). Así, dentro del concepto de razonabilidad es posible incluir la noción de proporcionalidad. Bidart Campos señala que si se incumple este principio, “equivale a irrazonabilidad o arbitrariedad y, por ende, a inconstitucionalidad” (Bidart Campos, 2008, p. 71).

La CSJN si bien ha evitado pronunciarse con precisión sobre qué es la razonabilidad, ha dicho que consiste en una adecuada proporción entre medios y fines (Cianciardo, 2004). En el derecho argentino, el principio de razonabilidad no está definido en forma concreta y la CSJN lo ha aplicado con gran flexibilidad (Sapag, 2008). El principio de razonabilidad se desarrolla -al igual que en Alemania- vinculado al concepto de poder de policía en su concepción restringida, y hacia una concepción amplia con la aplicación del art. 28° de la Constitución Nacional (Sapag, 2008).

El principio general de razonabilidad (Cianciardo, 2018), está compuesto por tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y la razonabilidad “strictu sensu” (si la medida guarda una relación razonable con el fin que pretende alcanzar).

Una norma entonces será razonable si es: adecuada a un fin, la menos restrictiva de los derechos fundamentales entre todas las adecuadas, y respetuosa de una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causa (Cianciardo, 1999). Este autor plantea que la aplicación del principio de razonabilidad no impide necesariamente que el legislador viole los derechos fundamentales.

Una conceptualización del principio de proporcionalidad que acabe en un balance entre el peso del derecho de que se trate y el de las razones que han conducido al legislador a decidir su restricción determina, en última instancia, que los derechos fundamentales pierdan su carácter de barrera infranqueable para el poder. (Cianciardo, 1999, p. 2)

El autor expone de esta manera el hecho de que el legislador pueda invocar razones de Estado convincentes para dejar de lado esos derechos fundamentales, tales como -en caso del aborto- la “salud pública”. Para salvar ese riesgo propone incorporar al test de razonabilidad, el del contenido esencial de los derechos (Cianciardo, 1999).

Bidart Campos (2008) invoca por su parte el concepto de razonabilidad cuando enumera las pautas de caracterización de los derechos constitucionales. Expresa que los mismos no son absolutos, sino relativos, y admite que los mismos pueden ser reglamentados razonablemente, aunque esa razonabilidad desaparece si se incurre en arbitrariedad, citando justamente el art. 28° de la Constitución Nacional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. El art. 28° consagra así la garantía de inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales, en el sentido de que una ley puede delimitar o limitar su contenido o su ejercicio razonable, pero no alterar un derecho en su esencia (Sapag, 2008).

Con el fallo “Ercolano”<sup>48</sup> de 1922, la exigencia de la razonabilidad de las leyes se convierte en una garantía constitucional “que el interesado puede invocar y probar para obtener una declaración de inconstitucionalidad” (Sapag, 2008, p. 175). Un caso en el que se puede observar una mayor sistematicidad en la aplicación del principio de razonabilidad, lo

<sup>48</sup> CSJN, “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161 (1922)



constituye el fallo “Irizar”<sup>49</sup> aplicando en forma implícita los sub principios del principio de proporcionalidad: analiza primero si los medios empleados por la norma se correspondían con la finalidad perseguida, la relación entre los medios y los fines, su proporcionalidad y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional a fin de que no se afectara un derecho fundamental (Sapag, 2008).

Según este autor, el principio de razonabilidad en el derecho argentino halla su fundamento en los artículos 28° y 33° de la Constitución Nacional. El art. 28° “consagra la garantía de inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales”, poniendo de manifiesto así que una ley sólo podrá delimitarlo de un modo razonable, pero no podrá afectar ni restringir su contenido esencial (Sapag, 2008).

Una medida sólo puede ser proporcionada si no afecta el contenido esencial del derecho involucrado. Es la posición de la Corte Suprema argentina, para quien la máxima de razonabilidad constituye el instrumento técnico de aplicación del artículo 28 de la Constitución Nacional (...) que prescribe la inalterabilidad de los derechos fundamentales. (Cianciardo, 1999, p. 3)

En base a lo traído a colación por Sapag, existen otros dos criterios para abordar una solución en materia de conflicto de derechos: la jerarquización (que Rodríguez Mendoza llama subsunción y al que nos referimos en el título anterior) y la determinación del “contenido esencial” (Arnold et al., 2012, p. 85), mencionado supra por Cianciardo. Siguiendo a los autores mencionados -según este criterio- los derechos no colisionan, sino que tienen un contenido esencial que los diferencia de otros derechos, lo cual implica que los derechos tienen límites y la labor de los jueces es descubrir y constatar esos límites. Si lo hace el legislador, debe seguir las previsiones de la Constitución; si lo hace el juez, debe ser en el caso concreto y mediante la herramienta de la ponderación (Arnold et al., 2012).

Ya lo decía Juan Bautista Alberdi cuando en el Proyecto de la Constitución de 1852 en su art. 20° enunciaba: “(L)as leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia” (Alberdi, 1852, citado por Sapag, 2008, p. 178).

El art. 33° de los derechos no enumerados permite también el reconocimiento de la garantía de la razonabilidad de las leyes (Sapag, 2008). Este último adquiere inusitada

---

<sup>49</sup> CSJN, “Irizar c/Provincia de Misiones”, Fallos 319:1934 (1996)

vigencia para la protección del derecho a la vida del no nacido, ya que “ninguna obligación impuesta por los tratados internacionales puede limitar el alcance de un derecho constitucional establecido en la primera parte de la constitución (...) por imperativo de la cláusula del art. 75°, inc. 22” (Silvestroni, 2018, p. 172).

A decir de Cianciardo (2018) el Estado Convencional de Derecho ha producido dos instrumentos para superar la constitucionalidad dudosa de normas que violen los derechos fundamentales: la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad. “La alteración del contenido de un derecho equivale a irrazonabilidad en su regulación” (Cianciardo, 2004, p. 58).

Siguiendo a Gelli (2018), el art. 28° de la CN contiene un principio sustantivo, el principio de limitación, es una suma de garantías de limitación del poder de la capacidad reglamentaria de las leyes. Este principio irradia así hacia todas las disposiciones constitucionales. Tal es la cuestión, en el sentido de que el poder legislativo está determinado a no alterar los derechos y garantías contenidos en la Constitución, a “inutilizar el núcleo central de éstos” (Gelli, 2018, p. 557).

El principio de razonabilidad exige entonces que las decisiones se justifiquen siempre. Cuando el contenido de una norma carece de razonabilidad, es inconstitucional. Se llega así al concepto de “irrazonabilidad”. “La irrazonabilidad constituye una especie de la inconstitucionalidad” (Gelli, 2018, p. 559).

Cuando la autora analiza los criterios de razonabilidad aplicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), refiere que ésta ha analizado la proporcionalidad de los medios utilizados por la norma en relación con los fines perseguidos por la ley, y los motivos que el legislador tuvo para sancionarla, a fin de determinar si es o no aceptable la restricción de los derechos que se afectan. Así, menciona que es posible abrir el control de razonabilidad en 2 pautas en relación a fines y medios de las normas: por un lado examinar si el medio es desproporcionado (obtiene el fin, pero lo excede); por otro, si el medio guarda relación de causalidad con el fin. La segunda tiene que ver con la evaluación de la existencia de medios alternativos menos gravosos para el derecho implicado, lo que genera el problema del reemplazo del criterio legislativo por el de los tribunales, aunque redundaría en mayor seguridad para los derechos humanos (Gelli, 2018).

La autora pone en evidencia aquí una cuestión primordial: que la ponderación entre derechos y los intereses estatales como pauta de razonabilidad, genera el problema de la determinación de cuáles derechos e intereses se ponderarán, y el riesgo de la intervención de la subjetividad del juzgador (condicionada por su ideología). Razona que de todas las características de la ponderación, la de la "proporcionalidad en sentido estricto" (la relación razonable de la medida con el fin que se pretende alcanzar), es uno de los juicios que más puede atenuar la subjetividad de quien resuelve el conflicto (Gelli, 2018).

A esta altura del análisis, es posible preguntarnos si es proporcional el medio de terminar con la vida del no nacido mediante el aborto a fin de contribuir a la salud psíquica o social de la mujer, su autonomía, o el goce de sus derechos sexuales y reproductivos. Si los motivos de salud pública que esgrime el legislador al sancionar la ley de IVE tornan aceptable la restricción del derecho a la vida. Si la medida es a su vez desproporcionada en cuanto excede el fin buscado, ya que resulta en la extinción del nasciturus, y si existen medios alternativos (reforzar la educación sexual desde el Estado por citar un ejemplo) que no resulten tan gravosos para el no nacido.

### **3.4 La doctrina del doble efecto**

“Se denomina principio, doctrina, regla o razonamiento del doble efecto al principio de razonamiento práctico que sirve para determinar la licitud o ilicitud de una acción que produce o puede producir dos efectos, de los cuales uno es bueno y el otro es malo” (Miranda, 2008). Este principio toma alguno de los elementos de la doctrina de Santo Tomás de Aquino sobre el acto humano y la responsabilidad moral.

Cianciardo (2018) cuando aborda el tema, expresa que no todos los efectos malos, convierten en ilícita la acción moral que los produce. La vara de la ilicitud se logra superar con el solo hecho de que el efecto bueno de la acción sea proporcionado y justifique el efecto malo, transformando la acción en lícita.

El autor identifica en este punto dos caminos que para él son fundamentales: por un lado, el conjunto de teorías morales para las que esa proporcionalidad (el peso de la razón buena desplaza al peso del efecto malo) es el único criterio para juzgar la moralidad de un acto. Por otro, las teorías alimentadas en la tradición del pensamiento clásico, que consideran que ese efecto malo determina la ilicitud de la acción, independientemente de la importancia de los efectos buenos de la misma (esos efectos malos son denominados “absolutos morales”).

Cianciardo (2018) continúa con su análisis, expresando que para esta última teoría sin embargo, esos absolutos no se violan cuando el efecto malo no es querido por el agente. La doctrina del doble efecto busca determinar con exactitud las condiciones para que esto ocurra, que son dos: el efecto malo es no querido (sólo tolerado por el agente), y que exista proporción “entre el efecto bueno intentado y el efecto malo tolerado” (Cianciardo, 2018, p. 63). Cuando se satisfacen las exigencias del principio, se tiene así una causa de justificación (Miranda, 2008).

Se establecen cuatro condiciones para que se considere lícito el efecto malo que causa una acción que pretende ejercer un bien: 1° que el fin del agente sea honesto; 2° que la causa sea en sí misma buena o al menos indiferente; 3° que el efecto bueno se siga de la causa con igual inmediatez que el malo; 4° que el efecto bueno al menos compense al malo (Miranda, 2008).

El principio del doble efecto se desarrolla en el marco de la teología moral católica, pero no es una doctrina religiosa, sino “un principio moral racionalmente justificado que se apoya en una sólida teoría filosófica sobre el acto humano” (Miranda, 2018, p. 507).

Este principio opera como una guía para el razonamiento jurídico de los jueces y de los legisladores.

Aunque la regla del doble efecto tiene una aplicación amplia, los casos paradigmáticos en los que juristas y filósofos la han invocado son situaciones en las que la acción juzgada causa la muerte de una persona inocente. Esto se debe a que, por la importancia de la vida del inocente, su muerte se ha considerado uno de los ejemplos más patentes de efecto malo que jamás es lícito intentar. (Miranda, 2018, p. 507).

Cianciardo (2018) refiere que el análisis de Miranda permite establecer la vinculación entre la doctrina del doble efecto y los principios constitucionales, analizando la similitud que existe entre la manera en que están formulados los preceptos que establecen derechos humanos inviolables y las prohibiciones morales absolutas de la tradición clásica, y el papel que la utilización del principio del doble efecto tiene en la protección de los derechos fundamentales. “La dignidad supone un valor absoluto, no sometido a condición”.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Serna, P., «El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo», en Massini, C. I. y Serna, El derecho a la vida, Pamplona, Eunsa, 1998, 63-64

El principio ha servido aquí para distinguir entre leyes que directamente atentan contra el derecho protegido por la norma constitucional y leyes que pueden limitar o restringir ese derecho como efecto colateral de la prosecución de otros fines lícitos. Las leyes del primer tipo son siempre inconstitucionales, mientras que las del segundo no lo son cuando el legislador persigue con ellas un bien suficientemente importante. (Miranda, 2008, p. 513)

Cianciardo (2019) postula que la doctrina del doble efecto servirá para una mejor fundamentación del principio de proporcionalidad y a una definición más precisa de la proporcionalidad en sentido estricto.

¿En qué sentido enuncia esta cuestión el autor? Porque se refiere a los casos en que se dé la posibilidad de que el legislador justifique un costo que termine derivando en la violación de un derecho fundamental. Si esto sucede, el principio de proporcionalidad no cumplirá en su totalidad con el fin que lo fundamenta. La evaluación entonces de si ese mal colateral generado es justificado, se debe completar -según Cianciardo- con el examen de si se ha violado o no el contenido esencial de ese derecho.

### **Conclusión parcial.**

Principios fundamentales tales como la igualdad, la no discriminación, el derecho a decidir sobre su propio cuerpo y el derecho a la privacidad invocados por la mujer, son derechos estos que -si pretenden imponerse sobre el derecho a la vida del no nacido en los casos en que entren en conflicto- deben ser de suficiente entidad y ser analizados por el legislador y los jueces con las herramientas que proporciona la técnica interpretativa de la ponderación. Los límites de esos derechos (derecho a decidir sobre el propio cuerpo, derecho a la privacidad) serán impuestos -a decir de Castillo Cordova- por restricciones externas, fundadas desde otros bienes jurídicos (el derecho a la vida del no nacido), siempre en el marco de la consideración de todo el texto constitucional considerado como una unidad.

Los legisladores al elaborar proyectos de ley, deben emplear como herramientas invalorable principios como el principio general de razonabilidad, y sus subprincipios, especialmente el de razonabilidad en sentido estricto, en el que la norma debe guardar una relación razonable con el fin que pretende alcanzar.

Al no ser previsto este recaudo por parte del legislador, nuestro máximo tribunal entonces debe ejercer el más estricto test de constitucionalidad de la ley en el caso de ser promulgada, aplicando en forma sistemática el principio de razonabilidad junto con el análisis del contenido esencial de los derechos que encuentra fundamento en el art. 28° de la CN, compatibilizando la norma con el plexo constitucional en su conjunto. A los efectos de llevar adelante esta compleja tarea, deberá blandir -a decir de Gelli- la pauta de evaluación de la existencia de medios alternativos menos gravosos para el derecho implicado.

Este control de constitucionalidad debe erigirse como una garantía que impida la violación por parte del legislador de derechos fundamentales.

Es necesario asimismo, incorporar al ordenamiento jurídico argentino, otras herramientas que proporciona la doctrina internacional, a fin de ejercer un control de constitucionalidad lo más técnico y estricto posible, tales como la aplicación del principio del doble efecto.

## Capítulo IV

### El Proyecto de Consenso sobre la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo del 7/6/2018.

#### Introducción

En este capítulo nos adentraremos en el análisis del articulado del proyecto de consenso de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE).

Los fundamentos utilizados para la elevación del referido proyecto de consenso, versan sobre cuestiones focalizadas en el derecho a la salud y a la vida de la mujer. Tal es así, que se enumeran cuestiones tales como la imposibilidad de impedir los abortos clandestinos y de aplicar la ley penal a todas las mujeres que incurran en ese delito.<sup>51</sup>

Se pone énfasis asimismo en el gran número de mujeres que mueren a causa de abortos clandestinos y el alto porcentaje de embarazo adolescente con sus repercusiones sociales y económicas para las jóvenes y sus familias. Se afirma que las complicaciones vinculadas con el aborto son la primera causa de muerte materna. Que esta circunstancia vulnera así derechos fundamentales de acceso a la salud y a una vida sana y plena y otros derechos como el ejercicio de la autonomía y autodeterminación sobre el propio cuerpo, la sexualidad y la reproducción.<sup>52</sup>

Se plantea una cuestión de discriminación e inequidad. Discriminación -desde una perspectiva de género- de la mujer en relación al hombre, en el sentido de que el hecho de que la mujer aborte clandestinamente, constituye una limitación a su acceso universal a la atención de la salud sexual y reproductiva. Inequidad, de parte de la mujer pobre en relación a otras mujeres de mejor condición social que pueden acceder a un aborto en forma segura, discreta y silenciosa.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Fuente: Revista Parlamentario – Publicación sobre temas legislativos – Página web – Recuperado el 10/08/2019 de: [https://www.parlamentario.com/db/000/000597\\_proyecto\\_ive\\_2018.pdf](https://www.parlamentario.com/db/000/000597_proyecto_ive_2018.pdf)

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> Idem.

También se invoca la necesidad de responder a la demanda social de muchas organizaciones de la sociedad civil por una parte y con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS).<sup>54</sup>

Entre los fundamentos enumerados se citan cifras estimativas sobre la cantidad de abortos clandestinos que se realizan en la República Argentina por año y se afirma que la penalización del aborto -lejos de disminuir la incidencia de la práctica-, genera riesgos para la vida y la salud de las mujeres al impedirseles el acceso a procedimientos seguros, considerando esta problemática de relevancia socio-sanitaria. Que es la práctica clandestina la que torna inseguro el aborto (Wetchsler, 2018).

En lo referente al marco normativo, los partidarios de la aprobación de este proyecto citan la normativa internacional de los tratados de Derechos Humanos incorporados en el art. 75°, inc. 22° de la Constitución Nacional Argentina, que gozan de rango constitucional y de la propia Constitución, el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto a la capacidad de los menores para abortar, como otras leyes de nuestro derecho interno, tales como la ley n°26529 de Derechos del Paciente, la ley n°17132 del Régimen del Ejercicio Legal de la Medicina y la ley n°26485 de Protección Integral a las Mujeres. Se mencionan también recomendaciones realizadas a nuestro país por los órganos de vigilancia de aplicación de los Tratados, tales como el del Comité de la CEDAW, que exhortan a ampliar las causales legales para la realización del aborto y resalta que la principal violación a los derechos humanos de las mujeres hoy es la penalización del aborto.<sup>55</sup>

Asimismo, se invoca la necesidad de adaptar las leyes del país a la realidad actual, poniendo como ejemplo a otros Estados en los que el aborto incausado está permitido, y en el que viven más del 60% de la población mundial.

Por último, es menester remarcar el especial énfasis que se pone en la necesidad de diferenciar entre salud física o salud mental de la mujer, cuestión que no está taxativamente abordada en el Código Penal de la Nación, pero sí en la interpretación que de la definición de salud realiza la OMS, que incluye a la salud mental.<sup>56</sup>

#### **4.1 Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE): un título eufemístico.**

<sup>54</sup> Fuente: Revista Parlamentario – Publicación sobre temas legislativos – Página web – Recuperado el 10/08/2019 de: [https://www.parlamentario.com/db/000/000597\\_proyecto\\_ive\\_2018.pdf](https://www.parlamentario.com/db/000/000597_proyecto_ive_2018.pdf)

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Idem.



La Real Academia Española (RAE) define al eufemismo como la “manifestación suave o decorosa de ideas cuya recta y franca expresión sería dura o malsonante”<sup>57</sup>.

El eufemismo responde muchas veces a un gesto de cortesía, dado que el lenguaje es una actividad social que requiere cierto respeto entre los hablantes, y tal es el significado que le otorga la RAE. Resultan así de gran utilidad el empleo de palabras que sustituyan a otras que en sociedad se consideran censurables por sus connotaciones.

También es habitual el uso de eufemismos para sostener un discurso público y en cierta manera disfrazar la realidad. Fernando Lázaro Carreter<sup>58</sup> refiere que muchas veces “el eufemismo delata siempre temor a la realidad, deseo vergonzante de ocultarla, antifaz de lenguaje impuesto a su rostro verdadero, y, en definitiva, afán de aniquilarla.” (Lázaro Carreter, 2003, p. 554).

Manuel Casado (2019) habla del eufemismo como recurso privilegiado de la “ingeniería lingüística”, explotadas al máximo por las ideologías totalitarias del siglo XX. Esta “ingeniería lingüística” según el autor parte de la pretensión de que cambiar palabras tabú permite cambiar su percepción social. Se refiere así a la expresión “interrupción voluntaria del embarazo”, expresando que la misma se ha convertido en un resultado patente de lo que él llama “eufemismo manipulador”.

Producto estrella del eufemismo manipulador es la expresión interrupción voluntaria del embarazo para designar el «aborto provocado», expresión que se ha impuesto en el discurso oficial con la polémica ley orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y que ha tenido el honor de ingresar en el Diccionario de términos médicos de la Real Academia de Medicina y hasta en el Diccionario académico oficial. (Casado, 2019, p. 2)

En efecto, en el diccionario de la RAE se define aborto como “interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas”<sup>59</sup>. El autor contrapone esta denominación con la que utiliza el “Diccionario del Español Actual” de Manuel Seco, Olimpia Andrés y Gabino Ramos, que lo define como “expulsión voluntaria o provocada del feto” y señala que “no resulta adecuado aplicar al aborto la noción de «interrumpir»: con el aborto no se «interrumpe» el embarazo: se cancela definitivamente” (Casado, 2019, p. 2).

<sup>57</sup> Fuente: Real Academia Española. Recuperado el 01/08/2019 de: <https://dle.rae.es/?id=H5kEJUG>

<sup>58</sup> Filólogo, profesor español y director de la Real Academia Española (1992–1998).

<sup>59</sup> Fuente: Real Academia Española. Recuperado el 01/08/2019 de: <https://dle.rae.es/?id=H5kEJUG>

Los que promueven la IVE por su parte, señalan que es una expresión empleada frecuentemente como un eufemismo moralmente inocuo por quienes son justamente partidarios del aborto libre. Pero el tema parece exceder la cuestión terminológica, ya que detallan que la diferencia no es sólo formal, sino también sustancial, ya que no se habla de la misma cosa cuando se utiliza uno u otro término. Desde una perspectiva de género, quienes propugnan esta distinción refieren que mientras que la IVE se la ubica en el campo de la ética, la autonomía y la libertad de la mujer y su posibilidad de elegir enmarcado dentro de sus derechos sexuales y reproductivos; el aborto encierra situaciones que están relacionadas con la ilegalidad, el miedo y el delito, escondiendo un grave riesgo para la salud de la mujer, la cual no tiene garantías sobre el procedimiento ni la intervención que lleva a delante.<sup>60</sup>

Quizás en realidad entonces deberíamos hablar de IVE como eufemismo del término “aborto inducido” o “aborto provocado” y dentro de un marco legal de no punibilidad.

Es de señalar que el art.15° del proyecto de consenso establece que se deben considerar los términos “interrupción voluntaria del embarazo” y “aborto” como equivalentes.

#### **4.2 Análisis del articulado.**

El proyecto de consenso (PC) de la ley de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), establece un derecho de la mujer para acceder al aborto (arts. 1°, 2° y 6° del PC). Ya en su artículo 1° consigna que su objeto es “garantizar el derecho de las mujeres o personas gestantes a acceder a la IVE”. Tal cual se desprende de su texto, este artículo enuncia al aborto como un derecho, y -en base a lo reflejado por el análisis del tema que nos ocupa- en el bloque de constitucionalidad federal este derecho no se encuentra enunciado. Sí se menciona en recomendaciones realizadas a la República Argentina por parte de los organismos de control de los tratados y en lo atinente a las causales en las que el aborto se encuentra justificado en el Código Penal de la Nación.

En el articulado del PC, se enumeran diversos derechos de la mujer, pero no puede observarse resguardo alguno al derecho fundamental a la vida del nasciturus, que se protege en nuestro derecho interno mediante la declaración interpretativa realizada por la República Argentina al ratificar la Convención Internacional de los Derechos de Niño, en la Constitución Nacional en su art. n°33 de derechos no enumerados, y en la fuente externa

---

<sup>60</sup> Fuente: Fundación Unimédicos - Bogotá - Colombia. Recuperado el 01/08/2019 de: <https://www.unimedicos.com/portal/articulos/que-diferencia-existe-entre-la-ive-y-el-aborto>

mediante el articulado de los diversos tratados internacionales de Derechos Humanos suscriptos por nuestro país. Éstos protegen el derecho a la vida y remiten sistemáticamente en sus articulado al derecho interno de los Estados Partes, a fin de determinar en forma exacta a partir de qué momento la protección de la vida debe hacerse efectiva y vigente.

Se norma de esta forma un derecho de la mujer o persona gestante a abortar química o quirúrgicamente a libre demanda hasta la semana catorce inclusive, y sin establecer un límite de tiempo a partir de esa fecha en tres causales: por violación, por riesgo de vida o la salud de la mujer o persona gestante, y -si se diagnosticara la inviabilidad de vida uterina del feto- con la sola declaración de violación o la invocación de un mero riesgo para la salud considerada como derecho humano (arts. 3° y 18° del PC sobre derecho y no punición y arts. 7°, 9°, 10°, 11° y 12°, sobre derecho y cobertura).

En el art. 2° se explicita que se garantizan “todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina”, mencionando algunos de manera especial, entre los que se encuentran cinco que garantizan los derechos de la mujer: la vida, la dignidad, la salud, la igualdad real de oportunidades y la no discriminación, derechos éstos de entidad suficiente y reivindicados durante años por la mujer. El derecho a la vida a partir del momento de la concepción -el cual se encuentra plasmado en nuestro derecho interno de rango constitucional y el derecho a la vida “en general” en los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados en el artículo 75° inc. 22° de la CN- no es mencionado.

Estos derechos que se protegen en el presente proyecto de ley, son compartidos tanto por la mujer como por el nasciturus, aunque son reconocidos en el PC sólo para aquella, por lo que en este grado del análisis, es posible plantear la necesidad de evaluar aquellos bajo la luz del principio general de razonabilidad y por parte de un órgano jurisdiccional que analice la materia constitucional.

Los demás derechos protegidos enunciados son la autonomía, la integridad, la diversidad corporal, la intimidad, la libertad de creencias y pensamiento, que también facultan a la mujer o persona gestante -según este proyecto- a interrumpir voluntariamente el embarazo. Los mencionados derechos exigidos por la mujer poseen la entidad suficiente para ser otorgados en una ley que los garantice y reglamente, aunque -en el momento en que esos

derechos entren en conflicto o deban ser armonizados con los derechos de la otra parte- son plausibles de someterse a un necesario test de constitucionalidad.

El plexo normativo del proyecto de consenso de la ley de IVE, si bien resalta una serie de derechos merecidos de la mujer, a su vez -tal como su lectura lo pone de manifiesto-no explicita otros derechos tales como la libertad individual y de conciencia de los médicos y de las instituciones médicas privadas, tipificando como delitos conductas que tienen que ver con derechos protegidos que a su vez se invocan para el aborto a libre demanda, tales como la libertad de creencias y pensamiento.

En su art. 3° el proyecto de consenso habilita el aborto sin expresión de causa hasta la semana catorce, invocando el art. 4° inc. 1° del Pacto de San José de Costa Rica, en el que su última parte enuncia: “nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”. El sistema de plazos sin expresión de causa parecería no encontrar -en base al análisis desarrollado en los capítulos precedentes- un resguardo constitucional de peso. Es de mencionar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo* cuando enuncia el concepto de la “protección incremental del feto”, tampoco avala este sistema, ya que la interpretación se refiere a contraponer justamente esa protección más débil a otro derecho de más peso que la vida del embrión en una etapa temprana de su desarrollo, como por ejemplo la salud de la madre, y no una acción como la que el PC pretende sancionar, como lo es el aborto a libre demanda.

La noción de arbitrariedad está presente en el articulado de la CADH. El proyecto de consenso de la ley de IVE norma el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, sin mencionar en su articulado el derecho a la vida del nasciturus.

Fuera del plazo establecido por el artículo, las causales que se enumeran en el proyecto de consenso en el art. 3° son similares a las establecidas en el art. 86° del Código Penal, con la incorporación de una nueva causal relacionada con la inviabilidad de vida extrauterina del feto. Se realizan dos cambios cualitativos y una omisión en la causal relacionada con la vida y la salud de la madre: el cambio del término “peligro” a la salud, por el de “riesgo” a la salud considerada como derecho humano. Se omite todo requisito de que “no sea evitable por otros medios” como lo incluye la normativa actual incluida en el artículo referido en nuestro código sustantivo. Así, se reemplaza el texto del art. 86° que dice “evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros

medios”, por el de “si estuviera en riesgo la vida o la salud la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano” del art. 3° del proyecto de consenso. Una vez más surge el principio analizado en este trabajo en el capítulo anterior, del medio adecuado para el fin.

La utilización del término “riesgo” implica una cierta imprecisión y es mucho más poroso que el de “peligro”, que daría a entender riesgo a un peligro indeterminado que podría interpretarse como físico, psíquico o social. Aquí entra en juego el derecho de la mujer a la salud en sentido amplio, en el que se contempla no sólo la salud física, sino también la psíquica. Esta imprecisión del término permitiría acceder al aborto hasta el mes nueve (nótese el encabezamiento de las causales: “fuera del plazo se podrá...”) invocando cualquier riesgo para la salud.

Nuevamente se pone en evidencia en este proyecto, y desde la perspectiva constitucional, las pretensiones que se enfrentan y que intentan prevalecer sobre los derechos fundamentales de una u otra parte: el derecho a la salud de la mujer en sentido amplio por un lado, y el derecho a la vida del nasciturus.

Es pertinente señalar objetivamente, que en el Código Penal las disposiciones referentes al aborto se encuentran clasificadas bajo los títulos “Delitos contra las Personas” y “Delitos contra la Vida”. En el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en su Libro Primero, Parte General, su Título I es “Persona Humana” y su art. 19° establece que el comienzo de la existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el orden supra legal, los artículos 1° y 6° de la “Convención de los Derechos del Niño” ya mencionados, con la correspondiente declaración interpretativa del art. 1° plasmada en la ley n°23.849 de ratificación del tratado, ley de derecho interno que establece las condiciones de vigencia de la Convención.

El Código Penal enumera causales de justificación para abortar y las establece taxativamente. El PC otorga un permiso legal para avanzar sobre el derecho fundamental a la vida del feto a libre demanda por parte de la mujer o persona gestante, invocando derechos que deberían ser ponderados por el legislador en abstracto o por el juzgador en el caso concreto.

El art. 5° del PC por su parte, permite a las menores de 16 años a acceder al aborto mediante la remisión al art. 26° del CCCN que en su cuarto párrafo le permite a la adolescente de entre 13 y 16 años la aptitud de decidir por sí misma respecto de los tratamientos que no

resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Debe respetarse el interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a ser oído.

Con relación al consentimiento, existe una remisión asimismo a la ley n°26.061 de Niños, Niñas y Adolescentes, al art. 7° de su Decreto Reglamentario n°415/06, allí se considera como “familia ampliada” -además de los progenitores- a “personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes”. Puede incluir así, -además de abuelos y otros consanguíneos- a los parientes políticos y a “otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo”.

En relación a los dos párrafos precedentes, es posible referir que el aborto realizado con medicamentos (mefepristona, misoprostol) es considerado por el PC como no invasivo. Nótese el hecho de que las drogas mencionadas no son inocuas y su ingesta -aún controlada por un profesional - constituyen un riesgo cierto para la salud. El proyecto permite a una menor de 16 años acceder a un aborto con medicamentos sin que intervenga la voluntad de sus padres. También podrá acceder a un tratamiento invasivo (aborto quirúrgico) obviando el consentimiento de los padres, supliéndolo por un “referente afectivo”.

Es necesario destacar aquí dos cuestiones: la intención del proyecto de ley de resguardar el interés superior y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes por una parte y su salud por otra, permitiéndole que se someta por sí misma sin el conocimiento ni el consentimiento de sus padres a tratamientos con medicamentos abortivos. Una vez más, el legislador parece ignorar que el nasciturus también es un niño para nuestro ordenamiento jurídico.

Una mención necesaria (aunque no sea tema de este trabajo) merece lo referente a la objeción de conciencia. En lo atinente a este derecho, el proyecto de consenso de la ley de IVE en su art. 11° establece que el médico no puede negarse al aborto y está obligado a garantizar el acceso a la práctica. Sólo puede eximirse si previamente lo manifiesta por escrito a las autoridades del establecimiento de salud, el cual debe llevar un registro de objetores. Existe la restricción referente a que el o la profesional no puede negarse -a pesar de haber manifestado la objeción- si la mujer o persona gestante requiere atención médica “inmediata e impostergable”.

Es procedente preguntarnos si no son ignorados en el PC una serie de derechos fundamentales que se encuentran expresamente protegidos en nuestro bloque de constitucionalidad: el derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad de conciencia, a la intimidad del profesional de la salud que objeta, sumado esto a derechos laborales establecidos por el derecho laboral privado y público y por la Organización Internacional del Trabajo.

El referido artículo del PC prohíbe expresamente la objeción de conciencia e ideario institucional. Según el diccionario de la Real Academia Española, la objeción de conciencia es “la negativa a acatar órdenes o leyes o a realizar actos o servicios invocando motivos éticos o religiosos”<sup>61</sup> Encuentra su fundamento en el art. 12º de la CADH que describe la libertad de conciencia y de religión. En su inciso 2º, el artículo reza lo siguiente: “Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”. Asimismo, el referido derecho subjetivo se encuentra garantizado también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 18º, cuyo inciso 2º expresa que “nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”.

El art. 11º del PC resguarda plenamente el derecho de la mujer o persona gestante al acceso al aborto, aunque también afecta la libertad de institutos de salud privados a asociarse en base a una idea fundacional, la cual puede ser perfectamente la de preservar la vida en todas sus manifestaciones y circunstancias. Esto podría afectar el desempeño los establecimientos privados que se reúsen a la realización del aborto por no obedecer esa práctica a su ideario fundacional. También se prevén responsabilidades administrativas y civiles para los directivos por no dar una prestación a través del art. 9º del PC, mediante la remisión al art. 40º de la ley nº17.132 el Arte de Curar (referido a la responsabilidad ante las autoridades en el cumplimiento de las leyes) y el art. 21º y concordantes de la ley nº26.529 de Salud Pública (sanciones por incumplimiento).

El proyecto original de ley de régimen de interrupción voluntario del embarazo 0230-D-2018 prohibía taxativamente la objeción de conciencia tanto individual como institucional, lo que develaba el pleno ejercicio de los derechos de la mujer en el espíritu de la ley, sin

---

<sup>61</sup> Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Recuperado el 14/08/2019 de: <https://dle.rae.es/?id=QmVKx38>

contemplar otros derechos fundamentales de la persona por nacer, padres, profesionales médicos e instituciones.

El art. 16° del PC reemplaza el art. 85° del Código Penal (CP). Su inciso 1° no sufre modificaciones sustanciales en el monto de la pena para aquel que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o persona gestante (3 a 10 años de prisión) y de 15 años en el monto máximo si la práctica resultare en la muerte de las mismas. Se incluye inhabilitación especial por el doble de la pena a médicos, cirujanos, parteros, farmacéuticos u otros profesionales de la salud que causaren el aborto o cooperaren a causarlo. El inciso 2° en cambio, reduce el monto de la pena considerablemente. De 1 a 4 años del artículo original del CP, baja la escala de 3 meses a 1 año para aquellos médicos que obraren con el consentimiento de la mujer o persona gestante, y el aborto se hiciera a partir de la semana quince y no mediaren los supuestos establecidos en el art. 3° del proyecto de consenso.

El inciso 2° del artículo modificado establece así una pena mínima, la cual es excarcelable y puede ser de ejecución condicional. El proyecto de consenso de la ley de IVE no sanciona prácticamente el aborto a partir de la semana número quince sin causal. Es posible inferir de este dato objetivo y al tornar a la norma sancionatoria de tal laxitud, la permisividad otorgada a la mujer para abortar a libre demanda.

Por su parte, el art. 17° crea de una nueva figura penal que afecta a los profesionales de la salud y a los directivos de los establecimientos sanitarios, al incorporar en el Código Penal Argentino el art. 85° bis, que reprime a aquellos con pena de prisión de 6 meses a 2 años e inhabilitación especial por el doble de tiempo, si “dilataren, obstaculizaren o se negaren a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados”. Se agrega como agravante el hecho de que la mujer o persona gestante por este accionar, no hubiera podido acceder a un aborto. La pena se eleva de esta forma de 2 a 5 años. Los términos “dilatarse” u “obstaculizar” son de una gran amplitud, pudiendo involucrar a los profesionales de la salud en un delito por el solo hecho de respetar el juramento hipocrático, en la que se compromete a “tener absoluto respeto por la vida humana”.<sup>62</sup>

El art. 19° del proyecto, sustituye el art. 88° del CP, y nuevamente torna leve la pena a la mujer o persona gestante que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare

---

<sup>62</sup> Juramento hipocrático de la Convención de Ginebra (1945). Recuperado el 14/8/2019 de: <https://sites.google.com/site/juramentoshipocraticos/home/adaptacion-de-la-convencion-de-ginebra-1945>



cuando el mismo fuera realizado a partir de la semana quince, bajando la escala de la pena del artículo original de 1 a 4 años, a 3 meses a 1 año. La modificación del artículo faculta al juez asimismo a dejar la pena en suspenso, en atención a los motivos que impulsaron a cometer el ilícito, su actitud posterior, la naturaleza del hecho y la apreciación de demás circunstancias que acreditaran la inconveniencia de aplicar la pena privativa de la libertad.

Finalmente, se debe señalar que el proyecto de consenso no incluye ningún artículo que establezca cómo se debe disponer de los restos fetales.

### **4.3 Aborto: ensayando una fórmula para la aplicación del Principio de Razonabilidad.**

Cianciardo (2004) explica que la postura de la CSJN no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio, sino que admite dos pasos. Uno es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios. La otra es la razonabilidad de la medida entendida como no alteración de los derechos en juego.

El autor desarrolla una fórmula para la aplicación del principio de razonabilidad en la que se conecta el principio de proporcionalidad en sentido estricto y la garantía del contenido esencial de los derechos. Establece tres escalas de restricción (R) del derecho en análisis, en la que M1 es un medio restringente del derecho, M2 es muy restringente y M3 es extremadamente restringente. Por otra parte, determina también una escala relacionada con la importancia del fin, en la que FA es el fin de mayor importancia que pretende alcanzar la medida restrictiva, FB es de mediana importancia y FC la menor. “A” significa “altera” y “D” significa “contenido esencial del derecho”. De esta forma, desarrolla tres fórmulas:

- 1) Si M1, A el contenido de D1= el medio para el fin es desproporcionado.
- 2) Si M2, A el D2, pero R3 y FC= el medio para el fin es desproporcionado.
- 3) Si M3, A D3, y R2 y FA=el medio para el fin es proporcionado.

En un intento por aplicar estas fórmulas en abstracto a la despenalización del aborto, vemos que las combinaciones son múltiples, dado que existen diversos medios de diferente intensidad restrictiva cada uno (M1: educar en materia de anticoncepción/procreación responsable; M2: entrega del no nacido en adopción; M3: despenalizar el aborto a libre demanda).

Existen asimismo diversos fines a alcanzar también en escala descendiente de importancia (FA: salvar la vida de la madre; FB: proteger la salud de la madre; FC: ejercer los derechos sexuales y reproductivos/autonomía/preservar la salud social de la mujer o persona gestante) y diversos derechos fundamentales (D1: el derecho a la vida o salud física de la mujer, D2: el derecho a la vida del nasciturus, D3: el derecho a la autonomía de la mujer, el derecho a ejercer los derechos sexuales y reproductivos). Nos enfocaremos en la protección del derecho esencial a la vida del nasciturus por ser en el proyecto de consenso de la ley de IVE, el derecho que se vulnera.

Tenemos entonces en la primer fórmula que:

1°) Si despenalizar el aborto a libre demanda (M3) altera (A) el contenido esencial del derecho fundamental (D2: la vida del feto), la medida para llegar al fin es desproporcionada.

En la segunda fórmula se incorporan más variantes:

2°) Si despenalizar el aborto a libre demanda (M3) altera (A) el contenido esencial del derecho fundamental (D2: la vida del feto), pero el medio es altamente restrictivo (R3: matar al feto mediante el procedimiento de aborto) y el fin es de menor importancia (FC: la salud psicológica o social de la mujer), la medida para alcanzar el fin es desproporcionada.

Finalmente, se llegaría a un resultado satisfactorio en la tercera fórmula planteada:

3°) Si educar en materia de anticoncepción/procreación responsable (M1-M2), altera (A) el contenido esencial del derecho (D3: el derecho a: la salud social, la autonomía de la mujer, a ejercer los derechos sexuales y reproductivos) y la restricción es relativa (R2), en este caso la medida para alcanzar el fin es proporcionada.

En la tercera fórmula existe razonabilidad ya que existe un contrapeso entre costos y beneficios (el Estado invierte en educación sexual responsable con beneficios para la salud pública) y no se altera el contenido esencial del derecho a la vida (se respeta la vida de la persona por nacer al no despenalizar el aborto).

Ahora bien, y esta cuestión reviste gran importancia: ¿cómo se determina el contenido inalterable (esencial) de un derecho fundamental? Cianciardo (2004) refiere que es tarea del juzgador y debe hacerse a la luz de los preceptos constitucionales, mediante dos procedimientos: con una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución Nacional por un lado y “mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base y con las finalidades a las que obedece su protección” (Cianciardo, 2004, p. 100).

### **Conclusión parcial.**

El principio de razonabilidad indica que ante dos opciones se debe optar por la menos gravosa y más acorde al respeto de los derechos. El análisis del proyecto de consenso a ojos vista no presenta opciones, opta por la solución más gravosa: terminar con la vida del nasciturus.

Se pone en evidencia desde el tratamiento del tema, la necesidad de que nuestros legisladores deban mejorar su capacidad técnica al elaborar proyectos de estas características en el que estén en juego derechos fundamentales.

Del análisis se derivan tres cuestiones sumamente espinosas: la grave omisión que han realizado nuestros legisladores en el tratamiento del proyecto del derecho constitucional que le cabe al nasciturus y su consecuente invisibilización, el carácter irrazonable y arbitrario en la aprobación del contenido sustancial del proyecto de consenso por parte de la Cámara de Diputados, y la indiferencia supina hacia la dignidad humana de una de las partes ignoradas en este proyecto de ley: el de la persona no nacida. Esto a contracorriente de toda la tradición constitucional argentina en cuya génesis de su ordenamiento se encuentra el respeto a la vida y a la dignidad humanas.

El fin que busca el proyecto de consenso de la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (proteger la vida, la salud, la intimidad, la autonomía de la mujer o persona gestante) ha escogido un medio de aplicación arbitrario y desproporcionado (la muerte del no nacido), y no contempla un medio adecuado menos restrictivo del derecho a la vida de éste. Su aplicación tornaría ilusorios los derechos que pretende consagrar.

Si bien el objetivo de la ley que intenta promover el proyecto es constitucional, los medios impuestos por el legislador denotan de una inequidad manifiesta ante el derecho a la vida del nasciturus.

El fin que pretendería alcanzar el proyecto de despenalización del aborto, no parecería ser evitar la muerte de la mujer o de la persona gestante porque la misma se realiza el aborto en forma clandestina, sino permitir el ejercicio a éstas de un derecho subjetivo que trae como consecuencia terminar con la vida del no nacido.

El porqué de este razonamiento es sencillo: no surge del análisis una relación causal entre aborto libre, gratuito y seguro, y la salud o la vida. Nadie garantiza que un aborto legal

realizado en un instituto de salud no produzca la muerte o serios problemas de salud. El caso más reciente es de una adolescente de 17 años de la ciudad de Esquel (CT), que muere tras el suministro de misoprostol por parte de una profesional de la salud en el marco de una interrupción legal del embarazo.<sup>63</sup>

El interés estadual invocado (la salud pública) puede ser satisfecho por medios alternativos que -aparte de satisfacer ese interés general-, preserva el contenido esencial del derecho fundamental que se vulnera en el proyecto de consenso.

Invocar así el hecho de que una medida de interés general es proporcionada porque produce más beneficios que perjuicios para la mayoría de la población, no excluye de entre los perjuicios posibles la violación del contenido esencial de un derecho fundamental (Cianciardo, 2004).

El Congreso sólo "se encuentra investido de la facultad de sancionar y establecer aquellas disposiciones (...) razonables y convenientes"<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Portal digital "El Patagónico" de Comodoro Rivadavia. Recuperado el 26/02/2020 de: <https://www.elpatagonico.com/adolescente-murio-un-aborto-y-llevaron-juicio-la-medica-n1562690>.

<sup>64</sup> "Manuel Cornú c/José Ronco", Fallos, 142:8

### III.-CONCLUSIONES FINALES

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos otorga amplia protección a la vida humana desde la concepción.

La utilización del término “en general” no hace presumir que la expresión deba ser interpretada como una intención de limitar el derecho a la vida del nasciturus, cuando justamente los tratados internacionales de derechos humanos propenden a la exaltación de la dignidad humana en todos sus sentidos.

A pesar de esa imprecisión que no especifica en qué momento se protege el derecho a la vida, nada hace presuponer que la intención de los redactores de los tratados haya sido suavizar el rigor del principio que consagra la inviolabilidad del derecho a la vida desde la concepción misma.

Sí se desprende del análisis, el hecho de que la generalidad de la expresión haya tenido que ver con el hecho de que el texto de los tratados no entren en conflicto con las legislaciones internas vigentes en los Estados Partes, los cuales al momento de la ratificación de los tratados poseían legislaciones permisivas relacionadas con el aborto.

También existe una intención de reenviar la protección del derecho a la vida a la legislación interna de cada Estado Parte.

La declaración unilateral de Argentina al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, es asimilable en sus efectos a una reserva, y tiene la intención de preveer efectos jurídicos hacia adentro de su ordenamiento interno y está comprendida en las condiciones de vigencia de la CDN.

El proyecto de consenso de la ley de IVE carecería de la jerarquía normativa sobre un tratado internacional de Derechos Humanos y su declaración interpretativa, ya que la ley n°23.849 constituye la Convención misma, ya vigente en su ámbito de origen y que el Congreso aprueba a los fines de que “el Poder Ejecutivo continúe con el proceso de formación del consentimiento del Estado (para obligarse en el ámbito internacional)” (Dobovsek, 2012, p.14). “Solo los tratados internacionalmente en vigor, serán parte del derecho interno, con las limitaciones de las reservas que se pudieren haber efectuado” (Dobovsek, 2012, p.16).

Sobre el status de persona del nasciturus gira la cuestión primordial sobre el aborto, por ello la importancia crucial que posee la declaración unilateral efectuada por la República Argentina en relación a la Convención de los Derechos del Niño. Este status de persona declarado en nuestro derecho interno permite conferirle al no nacido la protección que requiere en nombre de la dignidad humana (Sordi Stock y Almagro Castro, 2012). Perder este status no significaría que aquel no sea objeto de protección jurídica, pero su situación se volvería más vulnerable ante otros bienes jurídicos protegidos y amparados por la norma constitucional.

Una ley de interrupción voluntaria del embarazo como la que se pretende aprobar con el proyecto de consenso que despenalice el aborto a libre demanda, y que establezca -como lo hace el PC- un derecho absoluto supra constitucional de la mujer a abortar, encontraría severos obstáculos constitucionales tales como la Convención de los Derechos del Niño y su declaración interpretativa realizada por nuestro país al momento de la ratificación del tratado.

También contraría principios generales del derecho internacional de los Derechos Humanos tales como el principio de posición preferente de los derechos fundamentales, en los que la persona debe estar protegida por la actuación estatal y por los que el poder público debe estar al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana; el principio pro homine, en la que el intérprete debe seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana y menos restrictiva (sea de fuente interna o externa), el principio de progresividad, por el que se debe asegurar una extensión de los derechos humanos tanto en su número, como en su eficacia y vigor. Estos principios son aplicables tanto a la mujer como al feto, por ello la necesidad de que el legislador y el juzgador empleen virtuosamente herramientas jurídicas tales como el juicio de ponderación.

El principio general de irreversibilidad de los derechos humanos merece especial mención, por cuanto se encuentra plasmado en el artículo 4° de la Convención Americana de los Derechos Humanos, cuando se refiere a la pena de muerte, en el sentido de que no se podrá restablecer en los Estados en los que no se la aplique actualmente. Tal es así que una vez que se reconoce un derecho como inherente a la persona humana y una vez que es reconocido en un instrumento internacional, surge la imposibilidad de desconocerlo, aún luego de que el Estado Parte denuncie el tratado.

La despenalización del aborto a libre demanda que pretende sancionar el proyecto de consenso de la ley de IVE, constituiría así una clara regresión en nuestro derecho interno en

cuanto a la protección del derecho a la vida del no nacido, y la República Argentina debe respetarla en base a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos son pisos mínimos de protección y, cuando la legislación de un país protege aún más los derechos que aquellos, debe primar ésta por sobre aquella (principio pro homine). Se trata de un criterio hermenéutico que impregna la totalidad del derecho de los Derechos Humanos.

En relación a los órganos de control de aplicación de los tratados y sus observaciones y recomendaciones, las mismas entran en la categoría de documentos no vinculantes. Los únicos instrumentos vinculantes lo constituyen las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), organismo que posee jurisdicción internacional y a la cual la República Argentina se ha comprometido a observar al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Que aun existiendo fallos de la Corte IDH que obligan a nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) presenta sus propias reservas al respecto, como se vio en el fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe”<sup>65</sup> en la que se plantean cuestiones tales como que la CADH no habilita a la Corte IDH a actuar como órgano de cuarta instancia, que menciona al sistema de protección de los Derechos Humanos como un sistema de carácter subsidiario y la mención de la preeminencia de la primera parte de la Constitución Nacional por sobre los tratados.

El aborto a libre demanda no es receptado ni por nuestro derecho interno ni por nuestros preceptos constitucionales. El aborto como un derecho no se reconoce en el plexo normativo de ningún tratado internacional de Derechos Humanos ratificados por la República Argentina, ni resolución alguna de la ONU reconoce explícitamente el aborto como un derecho ordinario, ni como un derecho fundamental.

En cuanto a los restantes órganos de vigilancia de los tratados ratificados por nuestro país, se puede constatar a través de sus observaciones y recomendaciones un intento por promover la despenalización del aborto en la República Argentina, planteando la necesidad del mismo invocando el derecho a la salud sexual y reproductiva y la no discriminación de la

---

<sup>65</sup> “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Recuperado el 19/08/2019 de: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fontevicchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf>

mujer, en una clara extralimitación de sus competencias y sin que quede claro en aquellas cuál es la relación causal existente entre aborto y salud.

Si bien los órganos de vigilancia de los tratados se erigen en intérpretes de los mismos, nuestro país no ha ratificado ninguna cláusula en ningún tratado en la que se obligue a incluir el aborto a libre demanda en su legislación y tampoco puede imponerse por vía de interpretación, ya que -tal cual ya se expresó- la República Argentina solo ha aceptado someterse a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los casos concretos en los que sea parte.

En cuanto a la utilización por parte del juzgador del principio de razonabilidad, se entiende desde el análisis efectuado en este trabajo que el proyecto de consenso de la ley de IVE encontraría serios obstáculos si se somete a un test de constitucionalidad. Éste deberá preguntarse entonces si la muerte de la persona por nacer en el aborto a libre demanda que posibilitará la despenalización, es adecuada al fin que pretende alcanzar, si el aborto es la medida menos restrictiva del derecho fundamental a la vida entre todas las medidas que podrían aplicarse para lograr el mismo fin. También si se justifica su aplicación, y si la acción extrema de terminar con la vida del nasciturus es proporcionada en relación al fin que pretende alcanzar.

El obstáculo que encontraría el juzgador ante el interés estadual invocado de la salud pública, se superará conectando dos cuestiones: a) el principio de proporcionalidad en sentido estricto de relación razonable de la medida con el fin (la salud pública puede preservarse con medios alternativos menos restrictivos al derecho que se intenta violar y que resguarden ambos) y b) la garantía del contenido esencial del derecho fundamental que se pretende vulnerar (la vida del no nacido).

El contenido inalterable del derecho fundamental a la vida se determina primero, -y a decir de Cianciardo- con una interpretación “sistemática y unitaria” de nuestra Constitución Nacional. En los capítulos precedentes se ha analizado la posición preeminente que en el derecho constitucional argentino se le da al derecho a la vida. Segundo, comprendiendo el derecho fundamental a la vida en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base y con las finalidades a las que obedece su protección (Cianciardo, 2004). La vida entonces aparece como el primer derecho de todos y generador de cualquier otro derecho posible. Los derechos esgrimidos por la mujer o persona gestante en el proyecto



analizado, deben entonces encontrar su límite, cuando pretendan avanzar sobre el contenido esencial del derecho a la vida.

Será necesario entonces lograr una armonización de las pretensiones de las partes, en cada una de las cuales se esconde un derecho, que naturalmente son armónicos dada la naturaleza de los derechos fundamentales si son interpretados en relación al conjunto del sistema normativo constitucional (interpretación sistemática y unitaria de la CN) y respetando el contenido jurídico que protegen (interpretación teleológica). El juzgador debe determinar entonces quién de las partes es la que se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho afectando el contenido esencial del otro derecho en juego.

El razonamiento precedente nos permite inferir que el derecho al aborto que se intenta sancionar mediante el proyecto de consenso, es claramente una extralimitación en el ejercicio de un derecho que afecta el contenido esencial del derecho a la vida.

Ya lo dice Robert Alexy: “la extrema injusticia se evalúa a partir del derecho supralegal que (...) se especifica sobretodo “como derechos humanos”; de esta manera “hay un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa injusticia extrema” (Fajardo Morales, 2014, p. 1).

#### IV.-ANEXO

##### **Algunas consideraciones de carácter sociológico**

Según cifras del Ministerio de Salud de la Nación sobre el sistema público de salud, en 2011 murieron 33 mujeres a causa de embarazos terminados en aborto<sup>66</sup>. Ninguno de estos datos distingue entre abortos espontáneos o provocados, por lo que la cifra de mujeres fallecidas por haberse inducido intencionalmente el aborto, evidentemente es menor. ¿Puede invocarse una razón de salud pública con esta estadística al punto de aprobar una ley de IVE que habilite el aborto a libre demanda? Compárese con la cifra de 5.600 mujeres fallecidas por cáncer por año en Argentina.<sup>67</sup>

Asimismo, si comparamos la cifra de muertes por aborto del 2011 con las del año 2017 en la República Argentina, que es de 30<sup>68</sup>, se puede observar que se ha registrado una baja, sin siquiera habiendo el Estado intensificado los esfuerzos relacionados con campañas masivas de comunicación sobre métodos de anticoncepción, las que brillan por su ausencia. Estas cifras exiguas no se condicen con el argumento esgrimido por los sectores que propugnan la despenalización del aborto.

También merece mencionarse otro de los argumentos invocados por los sectores pro aborto, relacionado con que es una cuestión de justicia social, ya que la mayoría de las mujeres o personas gestantes que abortan en la clandestinidad, son de bajos recursos. Si bien no existen estadísticas confiables sobre la extracción social de las mujeres que abortan, es posible citar a dos referentes que dan fe de que el tema del aborto no es un tema instalado en los sectores de menores recursos.

Lorena Fernández -referente social de la Villa 31- que fue invitada a disertar en las reuniones informativas del Congreso como referente de dicha villa, expresó: «Estoy cansada de que todas se cuelguen de las mujeres que somos pobres. Todas pensamos que el aborto es

---

<sup>66</sup> Fuente: Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. Recuperado el 22/08/2019 de: <http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/anuario-2017/>

<sup>67</sup> Fuente: Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. Recuperado el 22/08/2019 de: <https://www.argentina.gob.ar/salud/instituto-nacional-del-cancer/estadisticas/incidencia>

<sup>68</sup> Fuente: Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. Recuperado el 22/08/2019 de: <http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/anuario-2017/>

matar»<sup>69</sup> mencionando el agotamiento que sentía por vincular el aborto a la situación de pobreza.

Por su parte, el padre José María "Pepe" Di Paola, reconocido por su trabajo con los sectores marginados de la sociedad, expresó que en las villas y asentamientos "el debate sobre el aborto no causó reacción entre sus moradores porque aquí los hijos son sagrados". El fundador de los Hogares de Cristo en Argentina también refiere que "es un tema que se ha hablado. No tiene la discusión que se da en la clase media. La tendencia aquí es tener los chicos, en general se da eso".<sup>70</sup> Basta una mirada lúcida para darse cuenta de la realidad de que las familias de bajos recursos son las que más hijos tienen, sumado esto al apoyo que proporciona el Estado a través de las Asignaciones Universales por Hijo.

Un observador atento que busque el origen del discurso sobre la despenalización del aborto, verá que aquel está instalado en sectores militantes feministas de clases media y media alta de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las principales capitales de provincia, y desde el cual se irradia y trata de imponerse hacia otros sectores de la sociedad, apoyados por los medios de comunicación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que -por sus características de medios masivos- imponen una homogeneidad discursivas que sólo en contadas ocasiones permite el disenso o el debate.

A lo descripto en el párrafo precedente, se suma la presión de la ONU, a través de sus órganos de policía con una fuerte connotación ideológica a favor de la despenalización del aborto en la República Argentina. Éstos controlan la aplicación de los tratados de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, y realizan observaciones y recomendaciones relacionadas con el aborto, que desconocen flagrantemente nuestras normas constitucionales y la historia internacional de la República Argentina en la defensa de la vida y la dignidad de todo ser humano desde la concepción.

¿Qué significa en este punto "responsabilidad internacional del Estado"? Una expresión abstracta y que pierde virtualidad si hablamos de sanciones a un Estado por no cumplir las normas legales de carácter internacional si intentáramos aplicarlas a una potencia importante. La igualdad en este caso en el derecho internacional adolecería de ciertas

---

<sup>69</sup> Fuente: Noticias Congreso Nacional. Recuperado el 22/08/2019 de: <https://www.ncn.com.ar/lorena-fernandez-una-de-las-mas-polemicas-oradoras-en-contra-de-la-legalizacion-del-aborto/>

<sup>70</sup> Fuente: Perfil Diario. Recuperado el 22/08/2019 de: <https://www.perfil.com/noticias/politica/el-padre-pepe-opino-sobre-la-despenalizacion-los-pobres-no-abortan.phtml>

dificultades en ser aplicada. De todas maneras, desde este trabajo se insiste en que la verdadera responsabilidad internacional de la República Argentina existiría si incumple principios abstractos universalmente válidos como los son los que resguardan la dignidad y la vida humana desde la concepción.

Es de mencionar asimismo la febril actividad de diversas ONG que reciben financiamiento externo<sup>71</sup> y de una profusa doctrina de autores que -desde una perspectiva de género que intenta constituirse como parte de la moderna doctrina constitucional y que invisibiliza al nasciturus- realizan afirmaciones dogmáticas, que intentan implantar una argumentación en la que subyace una supremacía de los derechos de la mujer sobre cualquier otro derecho (tal como lo es el derecho a la vida de la persona por nacer o la objeción de conciencia sin condicionamientos del profesional de la salud). Una visión parcial y de visos autoritarios que intenta exaltar la salud sexual y los derechos reproductivos de la mujer in extremis, sin tener en cuenta que estos derechos deben ser ejercidos con responsabilidad y con la asunción de las consecuencias de los actos libres. Esa perspectiva de género registra elementos contradictorios en su argumentación, si se le opone el hecho concreto en el que la interrupción voluntaria del embarazo deba realizarse sobre una persona por nacer de sexo femenino.

Es posible establecer una relación causal entre embarazo no deseado y sexo irresponsable relacionado con una falta de educación sexual, especialmente entre las adolescentes.<sup>72</sup> Esta idea refuerza nuestra fórmula expuesta en el cuerpo de este trabajo al intentar aplicar el principio de razonabilidad, en el sentido de que el medio menos restrictivo (la educación sexual) del contenido esencial del derecho fundamental que se vulnera (la vida del no nacido), sería una norma proporcionada y no arbitraria, y por ende adecuada a nuestro marco constitucional. La tarea del Estado en lo atinente a promover la educación sexual en instituciones educativas y medios de comunicación adolece de serias fallas.

En el fallo “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”<sup>73</sup> del 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia propició la implementación en muchas provincias de nuestro país del

---

<sup>71</sup> Fuente: La Nación. Recuperado el 26/08/2019 de: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/los-intereses-economicos-detras-del-aborto-nid2151609>

<sup>72</sup> Fuente: Sociedad Argentina de Pediatría. Recuperado el 26/08/2019 de: [https://www.sap.org.ar/docs/Congresos2017/CONARPE/Viernes%20299/dr\\_Rolon\\_adolescentes\\_embarazadx.pdf](https://www.sap.org.ar/docs/Congresos2017/CONARPE/Viernes%20299/dr_Rolon_adolescentes_embarazadx.pdf)

<sup>73</sup> CSJN – Fallos 335:197

“Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” (Protocolo ILE) aplicable en las causales establecidas en el art. 86° del Código Penal, las cuales no requerirán autorización judicial. Este protocolo -sentencia exhortativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuya modalidad y alcance es muy discutida en el derecho comparado- autoriza con total e inadmisibles ligereza el mayor daño que se puede causar a la persona por nacer. Constituye una legalización de hecho de la práctica, ya que con sólo la declaración jurada de la mujer en la que conste que el embarazo es producto de una violación (lo cual no se constata), el profesional de la salud deberá realizarlo en condiciones de privacidad y confidencialidad.

El argumento de los que propician la despenalización, gira en torno al hecho de que la mujer o persona gestante que va a abortar, lo va a hacer de todas maneras, y es mejor que lo haga bajo ciertas condiciones de salubridad, a fin de que no peligre su vida en el intento.

En este sentido, esta legalización de hecho mediante el Protocolo ILE y de derecho mediante una ley, contiene diferencias cualitativas, ya que la despenalización abre una caja de Pandora que habilita la práctica del aborto como un medio de anticoncepción y es un factor disparador de la práctica en la sociedad argentina, como lo demuestran las estadísticas de otros países en los que en los años subsiguientes a la legalización se incrementa significativamente la cantidad de abortos voluntarios.<sup>74</sup> El Protocolo ILE contiene visos de inconstitucionalidad (este sería tema de otra tesis) y vulnera flagrantemente el derecho fundamental de la persona por nacer, quien se ve privada de una tutela mínima del derecho y - en muchos casos- encubre a abusadores dadas las exigibles condiciones de privacidad y confidencialidad mencionadas.

Que resulte necesario debatir la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto a libre demanda parece constituirse en una actividad fútil, cuando ya lo dice la misma Convención Americana de los Derechos Humanos en la frase final de su art. 4°. Inc. 1°: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

---

<sup>74</sup> Fuente: Infobae. Recuperado el 26/08/2019 de: <https://www.infobae.com/opinion/2018/05/27/cual-es-el-precio-a-pagar-por-legalizar-el-aborto/>

## V.- REFERENCIAS

### Bibliografía

-ADEN, C., ALONSO REGUERIRA, E., AMEAL, J., ANELLO, C., CANO, M., CASELLA, A., ... TURYN, A. (2013). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino* (1ª ed.). Buenos Aires: La Ley.

-AGUILAR CAVALLO, G. (2010). “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(127), 15-71.

-ALEXY, Robert (2010) - *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad Hoc.

-ALTABE DE LÉRTORA, M. (2013) - “El control de convencionalidad en el derecho argentino. Caracteres generales y particulares” - *Microjuris*: MJ-DOC-6488-AR. MJD6488

-APEZARENA, J. (2014) - “Adiós “interrupción voluntaria del embarazo”. *El Confidencial Digital Web*. Recuperado de: <https://www.elconfidencialdigital.com/blog/jose-apezarena/Adios-interrupcion-voluntaria-embarazo/20140205192112110025.html>

-ARNOLD, R., MARTINEZ ESTAY, J., ZUÑIGA URBINA, F. (2012) - “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, pp. 65 - 116. ISSN 0718-0195

-BACH DE CHAZAL, R. (2011) - “Inconstitucionalidad y no convencionalidad del aborto voluntario”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año III, n° 6 (pp. 194-230).

-BADENI, G. (1994) - *Reforma constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Had Hoc.

-BADENI, G. (2009) - “Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia” - Publicado en: LA LEY 02/09/2009, 02/09/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1018 - Cita on line: AR/DOC/2967/2009

-BECERRA RAMIREZ, MANUEL (2013) - *El control de la aplicación del Derecho internacional en el marco del Estado de Derecho* - Editorial: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) - Mexico D.F.

-CASADO, M. (2019) - “El discurso de la bioética, o el eufemismo que no cesa”. Universidad de Navarra, España, Web “Vida Universitaria”. Recuperado de: <https://www.unav.edu/web/vida-universitaria/detalle-opinion2/2013/11/16/el-discurso-de-la-bioetica-o-el-eufemismo-que-no-cesa?articleId=3446782>

-CASTILLO CORDOVA, L. (2005) - “¿Existen los llamados conflictos entre Derechos Fundamentales?” [Versión electrónica], Revista Mexicana de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Autónoma de México, 99-129. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2130>

-CIANCIARDO, J. (1999) - “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”. Persona y Derecho 41 - ESPAÑA nro. 41, pág. 45. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/juan-cianciardo-mxima-razonabilidad-respeto-derechos-fundamentales-dacf030014-1999/123456789-0abc-defg4100-30fcanirtcod>

-CIANCIARDO, J. (2004) - *El Principio de Razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

-CIANCIARDO, J. (2018) - “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones”. Estudios de Deusto 66, n.º 2: 47-70. Recuperado de: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp47-70](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp47-70)

-COPELON, R., ZAMPAS, C., BRUSIE, E., DEVORE, J. (2005). “Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights”. *Reproductive Health Matters*, 13(26): 120-129, DOI: 10.1016/S0968-8080(05)26218-3. Recuperado de: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/S0968-8080%2805%2926218-3>

-DIEZ DE VELASCO, M. (2007) – *Instituciones de Derecho Internacional Público* (16° Edición). Madrid: Tecnos.

-DOBORSEK, J. (2012) - “Inclusión de los tratados en el derecho argentino” - Universidad del Salvador - Arequitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Vol. 6, nro. 6 – 2012. Recuperado de: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1678/2123>

-DONNA, E. A. (1999) - Derecho Penal - Parte Especial, Tomo 1 – Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

-FAJARDO MORALES, Z. (2014) - “La fórmula de Radbruch y el control de convencionalidad”. Nexos. Recuperado de: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3911>

-FERRAJOLI, L. (2012) - “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” - Revista Doxa 34. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. España. 15-53. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf>

-GARGARELLA, R. (2018) - “Derecho, moral y política en materia de aborto”. Publicado en: DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 3 - Cita on line: AR/DOC/1176/2018

-GELLI, M. (2018) – *Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada* (5° Edición) – Buenos Aires: La Ley

-GIL DOMINGUEZ, A.(2017) – “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad” - Publicado en: LA LEY 03/04/2017, 03/04/2017, 1 - LA LEY2017-B, 820 – Cita on line: AR/DOC/856/2017

-GIL DOMINGUEZ, A. (2013) - “Neoconstitucionalismo o paleoconstitucionalismo: notas sobre aborto voluntario, control de constitucionalidad y convencionalidad y veto” - Publicado en: LLCABA2013 (agosto), 347 - Cita on line: AR/DOC/3076/2013



-GORINI, J. L. (2003) - “La doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la “píldora del día después”. Publicado en: Sup.Act07/08/2003, 07/08/2003, 1- Cita on line: AR/DOC/10378/2003

-KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2013) - “La mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” - Publicado en: RDF 2013-III, 01/06/2013, 267. Cita on line: AP/DOC/909/2013

-KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2007) - “El derecho humano a la vida del nasciturus, el Derecho Penal y la interrupción culposa del embarazo en una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos” - Publicado en: SJASJA 8/11/2006. Cita on line: JAJA 2006-IV-1259 - 0003/012918.

-MANILI, P. (2017) – “Manual de Derechos Humanos” (1ª.ed.) - Buenos Aires: La Ley

-MINYERSKY, N. - FLAH, L. (2011) - “El embrión, el feto y la vida humana”. Publicado en: LA LEY 06/10/2011, 06/10/2011, 1 - LA LEY2011-E, 1164 - Cita on line: AR/DOC/3377/2011

-MIRANDA MONTECINOS, A. (2008) - “El principio de doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”. Revista Chilena de Derecho Vol. 35 n°3, p. 485-519. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014522005>

-NINO, C. S. (2007) - Ética y derechos humanos (2ª. ed.) - Buenos Aires: Astrea

-OCANTOS, J. (2012) - “Instrumentos elaborados por los órganos de control de los tratados de Derechos Humanos. Su inserción en el Derecho interno.” - Publicado en: LA LEY 16/01/2012 – Cita on line: AR/DOC/6152/2011

-OCANTOS, J. (2018) – “El aborto y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”. El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Año LVI, n° 14.416 (p. 1-3). Recuperado de: <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2018/05/30052018.pdf>

-O'DONNELL, D. (2012) – *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. (2ª. Ed.). - Méjico: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

-PITRAU, O. (2018) - “La persona concebida no nacida” - Publicado en: DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 211 – Cita on line: AR/DOC/1171/2018

-RODRIGUEZ MENDOZA, L. - “El juicio de ponderación” (2011) - Portal del Colegio de Profesionales en Derecho - Recuperado el 03/07/2019 de: <http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2011/07/el-juicio-de-ponderacion.html>

-SABA, R. P. (2014) - *Supremacía constitucional y derecho privado* en María Isabel Benavente y Felix Alberto Trigo Represas (eds.) - Buenos Aires: La Ley.

-SAGÜES, N. (2007) - *Manual de derecho constitucional* (1a. ed.) - Buenos Aires: Astrea

-SAGÜES, N. (2012) - “El aborto eugenésico, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos” – Publicado en: SJA 28/09/2012,43 – Cita on line: AP/DOC/4068/2012

-SAGÜES, N. (2018) - “El concepto de ‘constitución convencionalizada’, su fisonomía actual, fundamentos y topes” – Publicado en: SJA 07/11/2018, 343 – Cita on line: AR/DOC/3395/2018

-SAPAG, M. (2008) – “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”. *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, Año 22, n° 17 (p. 157 – 198). Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72011607008>

-SCHIRO, M. (2018) - “El ejercicio de derechos (no) reproductivos. Algunas reflexiones bioéticas sobre la interrupción voluntaria del embarazo en la adolescencia” – Publicado en: RDF 86, 10/09/2018, 151 – Cita on line: AP/DOC/573/2018

-SILVESTRONI, M. (2018) - *Teoría Constitucional del Delito* (3° Ed.) - Buenos Aires: Hammurabi

-SORDI STOCK, B. - ALMAGRO CASTRO, D. (2012) - “El derecho a la vida y sus límites: El derecho al aborto en España y Brasil. - Revista General de Derecho Constitucional ISSN 1886-6212, N°. 15, 2012, pág. 11. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133883>

-THOMPSON, J. - WERTHEIMER, R. - TOOLEY, M. – FINNIS, J. – THOMPSON, J. J (1992) - “*Debates sobre el aborto, Cinco ensayos de filosofía moral*” - Madrid: Catedra. Colección Teorema. Recuperado de: <http://bookparadise.online/pdf?title=Debate+sobre+el+aborto.+cinco+ensayos+de+filosofia+moral&geo=es&i=OTc4LTg0Mzc2MDQyOTk%3D&src=google-sites>

-VITOLLO, A. - BUOMPADRE, J. - GIL DOMINGUEZ, A. (2011) - “Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo” - Publicado en: LA LEY 12/12/2011, 12/12/2011, 4 - LA LEY2011-F, 1213 - Cita on line: AR/DOC/6164/2011

-WETCHSLER, M. (2018) - “Interrupción voluntaria del embarazo” – Publicado en: DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 330 - Cita on line: AR/DOC/1190/2018

-ZAFFARONI, E. (2003) - “*Manual de Derecho Penal*” (6° Ed.) – Buenos Aires: Ediar

### **Legislación**

-Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

-Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

-Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, 1949.

-Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

-Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

-Ley n° 25929 - Salud Pública de Protección del Embarazo y del recién nacido del 25 de agosto de 2004. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

-Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) - Junio 2018.

**Jurisprudencia**

-CSJN. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (2012)

-Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “K. L. v. Perú” (2003)

-Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Artavia Murillo v. Costa Rica” (2012)-Corte Interamericana de Derechos Humanos - Resolución No. 23/81, Caso 2141 “Baby Boy”, (1981)