

UNIVERSIDAD SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACIA

El protocolo de Aborto. Ampliación del aborto a través de una
Resolución Ministerial.

Claudio Jesús Venchiarutti

DNI 31695681

LEGAJO: VABG51393

2020

Resumen:

Las excusas absolutorias del art. 86 inc 2 del Código Penal resultan manifiestamente inconstitucionales ante textos explícitos que amparan de modo irrestricto a la persona por nacer desde el instante de su concepción. En las mismas se establece la finalidad eugenésica del aborto incompatible con el sistema jurídico argentino. Por eso, en un fallo reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional.

Siendo las excusas absolutorias inconstitucionales por ser contrarias a derechos constitucionales protegidos por nuestra Carta Magna, de ningún modo pueden ser utilizadas como fundamento de reglamentaciones administrativas que tienen como fin reglamentar derechos para modificar derechos constitucionales protegidos por nuestra Constitución Nacional. El presente trabajo tendrá como objetivo determinar si el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” se trata de la reglamentación de un derecho correspondiente a un grupo de mujeres o de una guía hospitalaria que se sirve de las excusas absolutorias del artículo 86 del Código Penal, para modificar derechos fundamentales que no pudieron lograrse por el Congreso de la Nación.

Palabras claves: Derecho natural – positivismo – aborto – derecho a la vida – derechos humanos.

Abstract:

The absolute excuses of Article 86 inc 2 of the Penal Code are manifestly unconstitutional to explicit texts that unrestrictedly cover the unborn person from the moment of conception. In the same sets the eugenic purpose of abortion is incompatible with the Argentine legal system. That is why, in a recent ruling, the Supreme Court of Justice of the Nation has recalled that "the right to life is the first natural right of the human person, pre-existing to all positive legislation, and which is guaranteed by the National Constitution.

As the absolute excuses unconstitutional because they are contrary to constitutional rights protected by our Magna Carta, they cannot in any way be used as the basis for administrative regulations that are intended to regulate rights to modify constitutional rights protected by our National Constitution. The purpose of this work will be to determine whether the "Protocol for the Comprehensive Care of Persons entitled to legal termination of pregnancy" is the regulation of a right corresponding to a group of women or a hospital guide it uses the absolute excuses of article 86 of the Penal Code, to modify fundamental rights that could not be achieved by the Congress of the Nation.

Keywords: Natural Law – positivism – abortion – right to life – human rights.

Índice de Trabajo Final de Graduación:

Introducción

Definición Objetivos Generales y Específicos

Metodología

1. HISTORIA DEL ARTICULO 86 INC. 2 DEL CODIGO PENAL:

| | |
|--|----|
| 1. 1. Historia, argumentos y redacción final del artículo..... | 6 |
| 1. 2. El Código de 1921..... | 8 |
| 1. 3. ¿Cuáles fueron los argumentos de la Comisión para incluir el Inc 2?..... | 10 |
| 1. 4. Conclusiones de la incorporación final del artículo 86 inc 2..... | 14 |

2. LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1994 Y LA CONSTITUCION NACIONAL

| | |
|--|----|
| 2. 5. Derecho a la vida..... | 14 |
| 2. 6. Debate de los Convencionales constituyentes..... | 15 |
| 2. 7. Legislación Argentina..... | 16 |

3. LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

| | |
|--|----|
| 3. 8. Análisis de los antecedentes jurisprudenciales del derecho a la vida en Argentina..... | 19 |
| 3. 9. Conclusiones respecto a la Jurisprudencia..... | 26 |

4. EL FALLO FAL

| | |
|--|----|
| 4. 10. Interpretación del caso. Voto de la mayoría..... | 27 |
| 4. 11. Perspectiva de la defensa y del voto minoritario..... | 31 |
| 4. 12. Conclusiones del Fallo FAL..... | 42 |

5. EL “PROTOCOLO PARA LA ATENCION INTEGRAL DE LAS PERSONAS CON DERECHO A LA INTERRUPCION LEGAL DEL EMBARAZO.”

| | |
|---|----|
| 5. 13. Análisis del Protocolo..... | 43 |
| 5. 14. La inseguridad Jurídica como consecuencias de la aplicación del Protocolo..... | 49 |
| 5. 15. Consideraciones finales sobre lo estudiado..... | 49 |
| 5. 16. Conclusiones finales..... | 56 |
| 5. 17. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales | 58 |
| 5. 18. Listado de Bibliografía | 58 |

Introducción:

El "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo" emitido por el Ministerio de Salud de la Nación, es una guía hospitalaria que intenta garantizar la aplicación de los casos de aborto excluidos de punibilidad por las excusas absolutorias del art 86 C.P. lo que lleva a preguntarnos si una resolución ministerial actuando como órgano legislativo ¿puede ampliar la impunidad del aborto a todos los casos no previstos en la legislación argentina como lo establece el actual protocolo?

A modo preliminar cabe destacar que si bien se ha escrito mucho respecto del tema del aborto en general, como así también sobre algunos aspectos en particular de la cuestión, en este trabajo, me cerniré al análisis de la Guía Hospitalaria emitida por el Ministerio de Salud de la Nación denominada "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo" y su fundamento en los supuestos previstos por el Código Penal Argentino en su artículo 86 inciso 2, lo que ya de por sí, va a acotar de manera sustanciosa el ámbito de estudio.

Cabe agregar que el tratamiento que haré de tales supuestos estará circunscripto por la dogmática penal, es decir que, aun teniendo en cuenta que el tema del aborto cuenta con ribetes no sólo penales o legales, sino también y fundamentalmente, éticos, morales, religiosos, de conciencia ciudadana, médicos, bioéticos, políticos, etc., he de ajustarme lo más posible a su tratamiento desde el punto de vista de la estructura típica y su vinculación con la mencionada Guía Hospitalaria emitida por el Ministerio de Salud de la Nación, es decir lo haré desde una dogmática penal acotante del poder punitivo, que a mi criterio es la manera más adecuada, teniendo en cuenta que el aborto está contemplado en el Código Penal y en ningún otro ordenamiento, por tratarse en Argentina de un delito contra la vida.

Las excusas absolutorias previstas en el art 86 CP fueron incorporadas al mencionado ordenamiento punitivo, a propuesta de la Comisión de Códigos del Senado en 1919. En dicho informe la Comisión fundó su propuesta en doctrinas eugenésicas y racistas que se encontraban en boga. Al auspiciar la no punibilidad de la interrupción provocada de la gestación practicada en una mujer "idiota o demente" que hubiera sido violada, queda incorporada la excusa absoluta del aborto eugenésico. El mismo, junto al aborto terapéutico, que es cuando corre riesgo la vida o la salud de la mujer y no puede ser evitado por otro medio, conforman las dos excusas absolutorias del art 86 de nuestro Código Penal (informe de la Comisión del Senado, 1919/1921). Cabe acotar que en dicho informe como

expondré en el presente capítulo, incorpora sólo estas dos excusas absolutorias y deja en claro no incorporar el aborto sentimental.

Haciendo interpretaciones diferentes a las realizadas por la mencionada Comisión de Códigos del Senado y a lo estipulado en el Código Penal, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, emite una Guía Hospitalaria, la cual denomina "Protocolo para la atención integral de personas con derecho a la Interrupción legal del Embarazo".

Sin perjuicio del eufemismo de la denominación, para tratar las excusas absolutorias del delito de aborto y lograr encubrirlo como si se tratara de un derecho de las mujeres, trataré de determinar si mediante dicha Guía Hospitalaria se amplía la impunidad del aborto a otros casos que aquellos excluidos de punibilidad por las mencionadas excusas absolutorias del art. 86, dando lugar a una nueva excusa absolutoria: el aborto sentimental, para todo tipo de casos de violación, incesto, etc.

Asimismo se estudiará los diferentes mecanismos procedimentales que dicha guía hospitalaria establece para su aplicación, con el fin de determinar si los mismos se ajustan a lo establecido en nuestras normas procesales. Para dicho estudio se partirá desde la incorporación de las excusas absolutorias del aborto en el Código Penal en 1921, para luego analizar los distintos fallos judiciales, incluido la interpretación de la Corte Suprema en el fallo FAL.

Resulta indispensable analizar todos los antecedentes jurídicos para determinar si la resolución emitida por el ministerio de salud estableciendo una guía hospitalaria puede resultar jurídicamente válida para ampliar la impunidad del aborto a distintas circunstancias, partiendo sólo de la interpretación de un fallo de la Corte Suprema y desconociendo todos los antecedentes jurídicos. Asimismo cabe agregar que el orden en el cual analizaré los antecedentes serán de manera cronológica hasta llegar al Protocolo en cuestión.

Circunscripto el tema objeto del presente estudio nos queda solo ingresar en su tratamiento y tratar de explicar que la conclusión a la que se arribará no sólo me parece la más adecuada desde el punto de vista de una dogmática penal acotante del poder punitivo, propia de un estado constitucional de derecho, sino también desde un punto de vista de la seguridad jurídica también correspondiente a un estado de derecho.

CAPITULO 1:

HISTORIA DEL ARTICULO 86 INC. 2 DEL CODIGO PENAL

1. Historia, argumentos y redacción final del artículo

Nuestro Código nació de una larga gesta forjada por múltiples proyectos y anteproyectos que se sucedieron a lo largo del fin del siglo XIX y durante las dos primeras décadas del XX, cuyo tratamiento excedería el marco de este trabajo y fue el propio Rodolfo Moreno, quien finalmente logró imponer su código para la sanción, pero no obstante ello traigo a colación los proyectos que se sucedieron en el tiempo y que sirvieron de gesta al Código Penal finalmente sancionado.

Proyecto del doctor Tejedor (1866-1868):

Fue el primer intento de codificación penal general, redactado por encargo del Poder Ejecutivo Nacional (05-08-1864), por Carlos Tejedor, profesor de la Universidad de Buenos Aires. En las disposiciones generales de su Parte General, el Proyecto sigue, en gran medida al Código Penal de Baviera de 1813. En menor medida recibió el aporte de la doctrina española a través de Joaquín Francisco Pacheco, comentarista del Código español de 1848/50 y de la doctrina francesa, a través de Chauveau.

El Proyecto Tejedor, no fue sancionado como código nacional, pero en virtud de la autorización concedida por el art. 108 de la Constitución Nacional, fue adoptado como código penal por ocho provincias, con algunas modificaciones hechas en la de Buenos Aires, y representa, a través del código de 1886 que volvió a tomarlo, un importante precedente de muchas disposiciones del código vigente. Respecto al tema a tratar en el presente trabajo cabe aclarar que en este proyecto no había mención alguna del artículo 86 finalmente sancionado en 1921 y se legislaba solo respecto del delito de aborto –art. 85- y sobre sus circunstancias agravantes –art. 86- (Ricardo Nuñez, 2009).

Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García (1881) y el Código de 1886:

En el Proyecto de 1881, redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García, encargados de examinar el Proyecto Tejedor por el Poder Ejecutivo Nacional, predomina la influencia del Código español de 1870.

Presentado este proyecto a la Cámara de Diputados no fue aceptado, y el Congreso terminó por sancionar sobre la base del Proyecto Tejedor, el primer Código Penal para la Nación (Ley 1920 del 07-12-1886). Este Código Penal entró a regir el 01 de febrero de 1887.

Siguió el molde de las legislaciones clásicas. No incluía la legislación penal en su totalidad, sino que dejaba al margen, contenido en la Ley nº 49, la legislación federal sobre crímenes y delitos contra la Nación. En este proyecto tampoco había mención alguna del artículo 86 finalmente sancionado en 1921 (Ricardo Nuñez, 2009).

Reforma de 1890, Proyecto de 1891 y Ley 4189:

El 07 de junio de 1890, el Poder Ejecutivo Nacional comisionó a Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo para proyectar la reforma del Código. El Proyecto, presentado en junio de 1891, legislaba sobre delitos y faltas nacionales, unificó la legislación penal común. Además de revisar el elenco de los delitos del Código de 1886, llenó sus vacíos respecto a la aplicación de la ley penal en el espacio. Conservó las fuentes de origen español. Su texto constituye un valioso precedente para interpretar el texto original del código vigente.

El Proyecto de 1891, que sólo logró dictamen favorable de la Comisión de Diputados, sirvió de base para las reformas introducidas en el Código de 1886. La opinión, especialmente la de parte de los positivistas, fue adversa a la reforma. En estos textos tratados, y en el caso de la ley de reformas 4189, sancionados, tampoco había mención alguna del artículo 86 finalmente sancionado en 1921 (Ricardo Nuñez, 2009).

Proyecto de Reforma de 1906:

En 1906 el Poder Ejecutivo dispuso la revisión del Código de 1886 por una comisión formada, además de Piñero y Rivarola, redactores del Proyecto de 1891, por F. Beagley, D. Saavedra, Moyano Gacitúa y Ramos Mejía.

El Proyecto que se denomina de 1906 siguió la orientación del de 1891, y fue presentado al Poder Ejecutivo Nacional, el 10 de marzo de ese año y remitido al Congreso el 1º de septiembre.

El Diputado Rodolfo Moreno (h) fue quien dio el último impulso al ya largo proceso de re-forma del Código de 1886. Con algunas modificaciones. Presentó como proyecto de reforma el de 1906, sobre el cual, una comisión de diputados, presidida por Moreno, redactó el Proyecto de 1917.

Sólo legislaba sobre delitos. Fue objeto de críticas por el sector positivista, porque decían que había hecho tabla rasa de los delitos que aparecieron como adelantos producidos en el derecho penal durante el siglo XX.

En este proyecto tampoco había mención alguna del artículo 86 finalmente sancionado y se legislaba sólo respecto del delito de aborto y sobre sus circunstancias agravantes tomado del proyecto de 1891. (Ricardo Nuñez, 2009).

2. El Código de 1921

El Proyecto de 1917, recibió sanción como Código Penal, el 30 de septiembre de 1921. Fue promulgado como Ley 11.179 el 29 de octubre del mismo año y entró a regir a partir del 30 de abril de 1922.

Pero en su recorrido parlamentario recibió algunas reformas, que si bien no alteraron su estructura fundamental, en lo que hace al artículo 86 que tratamos de relevar históricamente, recibió un agregado que merece dejar asentado, debido a que se trata del inciso objeto de análisis en el presente trabajo.

Tratamiento del art. 86 en la Cámara de Diputados

Lo estipulado en el proyecto de 1906 que se reseñara anteriormente –atinente a la Legislación sobre aborto- mereció aceptación en la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados que lo considerara, y recibió aprobación sin ninguna modificación, es más, la exposición de motivos no brindó ningún fundamento respecto de la no punición o la punición atenuada de algunos supuestos abortivos, no fue siquiera mencionado el tema.

Tratamiento del art. 86 en la Cámara del Senado

La primera Comisión de Códigos del Senado (informe de la Comisión de Códigos del Senado, diario de sesiones 1920), entre otras reformas sobre otros temas, propuso cambiar la redacción del artículo -ya a esta altura numerario 86- del proyecto originario que versaba: *“Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos,*

parteras o farmacéuticos, que abusaren de su ciencia o arte para causar aborto, o cooperaren a causarlo”.

Propusieron una nueva redacción para que el artículo quedara de la siguiente manera:

“Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos, que abusaren de su ciencia o arte para causar aborto, o cooperaren a causarlo.

El aborto causado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible:

1º. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º. Si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Finalmente, la segunda Comisión de Códigos del Senado, si bien mantuvo la inclusión de supuestos de abortos no punibles efectuada por la primera comisión y la redacción de casi todo el artículo, modificó lo atinente al inciso 2º y propuso lo que finalmente mereció sanción legislativa.

Por ello, el artículo completo, con su inciso 2º modificado quedó redactado de la siguiente manera:

“Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos, que abusaren de su ciencia o arte para causar aborto, o cooperaren a causarlo.

El aborto causado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible:

1º. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

Cabe agregar que la Cámara de Diputados aceptó las reformas propuestas y así fue sancionado.

Ahora bien ¿de dónde tomó la comisión del senado que introdujo este inciso su texto? Para responder esta cuestión necesariamente hay que repasar algo de la historia gestacional de este texto, para saber cómo y porqué quedó redactado así en último término (Informe Comisión de Códigos del Senado, Diario de Sesiones CN, 1920 – P 937-960)

3. ¿Cuáles fueron los argumentos de la Comisión para incluir el Inc 2?

Rodolfo Moreno fue quizá el primero en transcribir la expresión de motivos de la primera Comisión del Senado que incluyó el inciso 2º al artículo 86 del por entonces proyecto de Código Penal, y luego, si bien la segunda Comisión del Senado cambió la redacción original del texto introducido excluyendo el incesto y corrigiendo algunas terminologías que eran extrañas a nuestra dogmática, compartió los motivos por los cuales la primera comisión había insertado el inciso, la única de motivos existente es la que brindara la primera comisión del senado y se refería a un texto diferente al finalmente sancionado, los argumentos que de ella emanan fueron compartidos por la segunda comisión que mantuvo el inciso aunque con algunas modificaciones efectuadas por cuestiones gramaticales y de sistemática legal como ya se dijo, y que en lo sustancial se refieren a los dos casos que finalmente quedaron comprendidos en la redacción final.

Así se expresaba la primera Comisión del Senado:

“En el artículo 86 hemos propuesto el siguiente agregado:

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible:

1º) Si ha sido hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º) Si el embarazo proviene de una violencia, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito.

La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de derecho penal, citado varias veces en este

informe que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto de código penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda comisión de peritos.

Es la primera vez, agrega, que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo apunta, ya que en el caso de incesto se podrían añadir consideraciones de orden étnico y que cuando el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia podría argüirse, más justamente aún que en el caso de incesto el interés de la raza ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina? (Jiménez de Asúa, La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas, pág. 206).

El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficiencia el aumento de la criminalidad.

El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia el año 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales. Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad.

Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugenésicos, sintiéndose por esa medida, según dijera van Hamel, una repugnancia afectiva, es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza.

El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales”.

Los párrafos destacados son, a mi ver, suficientemente ilustrativos del espíritu que animó la introducción del inciso. Como se dijo, la finalidad eugenésica del mismo fue asumida de modo casi unánime por la doctrina contemporánea al texto.

El dictamen, en efecto, afirma que es la primera vez que un legislador “se atreve” a “legitimar el aborto con un fin eugenésico” de modo de evitar que de una mujer idiota o enajenada “nazca un ser anormal o degenerado”. Añade que la doctrina y la legislación comparadas ya se ocupan de la esterilización de “criminales” y de “enfermos mentales” y si bien reconoce que respecto de lo primero no existe un “consenso” afirmativo, “es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”. Y con cita del doctrinario suizo Gautier, menciona que cuando “el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia contra una mujer idiota [...] podría argüirse más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza”.

En verdad, resulta asombroso expresar que los párrafos citados sea de “toda oscuridad” y, aún más, conjeturar que la intención del legislador fuera otra que la eugenésica. Pero conviene profundizar el estudio de lo que el legislador tuvo a la vista, pensó y genuinamente quiso decir.

Como surge del dictamen, el texto se inspira en el proyecto suizo de 1916, el que aparentemente es conocido a través de una obra de 1918 del citado penalista español Luis Jiménez de Asúa mencionada en los fundamentos. Según escribe este autor, años después en el trabajo antes mencionado, en aquella obra que el legislador tuvo a la vista transcribió el inciso suizo como sigue: “...si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto”.

Parece claro, entonces, que el legislador europeo había previsto tres supuestos bien diferenciados (y no dos). Tiempo después, Soler precisa el motivo de la distinción: el anteproyecto helvético se inspira en el Código alemán, en el que, “a diferencia de lo que pasa con nuestro art. 119, que designa con la palabra violación a los tres casos que enumera, se emplean nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza, delito llamado Notzucht y para la violación de mujer idiota, delito al que se llama Schändung, palabra que, en realidad más que atentado al pudor quiere decir profanación”.

Volviendo al origen de la cláusula, no convence la velada crítica que hace Soler a la traducción de “Schändung” como “atentado al pudor”. Por de pronto, no cabe inferir que el legislador suizo ignorase o no comprendiese el significado de “Schändung”. Simplemente, para verter en lengua francesa ese concepto escogió una fórmula extensa, sumamente descriptiva, como pretendiendo enfatizar las características de ese tipo de “violación” cuyo fruto autoriza su cancelación. Y el Informe hace mérito de esta distinción cuando cita a

Gautier quien, con toda claridad, refiere a que ese embarazo “sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota...”.

Así las cosas, el legislador argentino sigue, inicialmente, el contenido del anteproyecto suizo a la letra. Obsérvese, en primer término, que en el citado Informe, en el inciso bajo examen, no hay ni “coma” ni “conjunción” entre violación y atentado al pudor, figurando también el supuesto del incesto.

Sin embargo, cuando la comisión transcribe la totalidad del Código, al llegar al art. 86 se lee, en cuanto aquí interesa: “si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto”. Aquí sí se encuentra la “coma” entre “violación” y “de un atentado al pudor” con lo que se está en la versión francesa del anteproyecto suizo que el legislador conoció a través de Jiménez de Asúa.

Está claro que la genuina voluntad del legislador histórico no fue otra que la de consagrar como causa única autorización legal del aborto, el producido por razones eugenésicas. En ese sentido queda más que claro, recién en la 38ª reunión (1º/9/21) de la Comisión del Código del senado se trata el tema, en la que se lee: “*modificar el inc. 2º en la forma siguiente: ‘si el embarazo proviene de una violación, o de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente. En este caso...’*”, siguiendo el texto como se lo conoce hoy en día. Se advierte que se añadió la célebre conjunción que tanto ruido habría de causar; que se redujo la caracterización de la mujer incapaz, abandonando la descripción que hacía el antecedente suizo por la más breve que tuvo consagración final y que se excluyó el supuesto de permisión del aborto por razón de “incesto”.

Se está, pues, ante el texto definitivo y no puede pasarse por alto que, de manera contemporánea, se introdujeron dos modificaciones que vienen no sólo a desvirtuar completamente el anteproyecto europeo que había servido de base, sino que terminan por ubicar al texto argentino en el solo ámbito de la autorización del aborto “eugenésico”.

Es verdad que se echa en falta alguna alusión a los cambios referidos y es cierto que la conjunción no resuelve pacíficamente el tema, pero el cambio es demasiado importante como para no extraer consecuencias de él, consecuencias que restringen considerablemente la “interrupción del embarazo” a un único supuesto lo cual, como se ha visto, guarda perfecta lógica con el sentido del Informe (Informe Comisión de Códigos del Senado, Diario de Sesiones CN, 1920).

4. Conclusiones de la incorporación final del artículo 86 inc 2:

De lo transcripto, destaco como sustanciales las dos alteraciones procedentes del Senado el 1º de septiembre de 1921 en la que se incorpora la conjunción “o” y la exclusión de la causal de permisión del “incesto”, las que conducen –de la mano de los fundamentos explícitos del inciso, “primera regla de interpretación de las leyes” y de las consideraciones brindadas en el apartado anterior – a ceñir el inciso al aborto “eugenésico”.

De esta manera, cabe concluir que si bien netamente influenciado por el proyecto helvético, el inciso 2º del art. 86 ni es una mala copia de aquél, ni un resultado extravagante a raíz de una sumatoria de desatinos. Antes bien, parece un genuino producto argentino, consecuencia de la voluntad de sus legisladores, en el contexto de una cosmovisión expandida en la época.

Y en ese contexto, no me parece relevante que de las cuatro caracterizaciones presentes en el anteproyecto suizo se mantengan las primeras dos, “idiota” y “demente”, dejando a un lado, con el correr del debate, las restantes (“inconsciente” e “incapaz de resistencia”). En todos los casos, el sentido es claro: queda autorizado el aborto si la mujer es incapaz. Queda claro que si el legislador hubiera querido prever la no punibilidad del aborto “sentimental”, debería haber dedicado alguna reflexión al asunto.

CAPITULO 2:

LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1994 Y LA CONSTITUCION NACIONAL

5. Derecho a la vida

Cabe destacar que la Constitución Nacional post 1994, no ordena punir los casos de aborto en todas sus variantes, ni siquiera manda a utilizar la *potentia puniendi* estatal para resolver los conflictos sociales que enmarcan situaciones que conducen a una decisión abortiva. Incluso en el debate de los convencionales constituyentes se puede ver claramente la intención de defender la vida desde la concepción. Cabe remarcar un debate sobre materia ambiental en el que se hace alusión respecto al derecho a la vida que tenían los convencionales constituyentes:

6. Debate de los Convencionales Constituyentes

“De hecho, este debate sobre el espacio medular que ocuparía “el hombre” en tanto razón de ser de la protección ambiental aparece muchas veces enlazado con el problema de la persona y la protección del derecho a la vida. En ese sentido, sostiene la convencional ya mencionada que “El hombre es el elemento principal y no uno más del entorno ambiental.

Por eso, en el despacho que hemos suscripto, expresamos textualmente que todos los habitantes de la Nación tienen derecho a disfrutar de una vida saludable en armonía con el ambiente, así como el deber de conservarlo para el desarrollo de la persona, cuya existencia comienza desde la concepción... ¿Y por qué en este tema? Porque el único tema habilitado para esta reforma es precisamente lo que establece el artículo 3° de la ley 24.309.

Teníamos la posibilidad de incorporarlo a través de otros dos: por un lado, la preservación del medio ambiente, entendiendo que el hombre es el centro del ambiente, es su condicionante y su condicionador y, por lo tanto, su presencia es indispensable. Porque precisamente quien ha producido el deterioro del ambiente es la actividad indiscriminada del ser humano... En ese momento se manifiesta la identidad genética de ese nuevo ser, que será único e irreplicable en toda la humanidad, nazca donde nazca y en las condiciones en que nazca.

Todo lo que ocurra con posterioridad de este momento es la posibilidad del desarrollo. Probablemente necesite del seno materno, porque no tiene posibilidades de desarrollarse afuera. Ha habido algunos experimentos, pero la naturaleza indica que tiene que ser ahí(16). Además, ése es un ambiente que entendemos que hay que proteger. Porque este nuevo ser humano que ha generado una nueva identidad genética, que no será igual a ningún otro, tiene derecho a nacer con vida”.

Se alude al hombre en términos de centro del ambiente, condicionante y condicionador y, por tanto, se argumenta sobre la necesidad de una protección del “derecho a nacer con vida”, es decir, proteger desde “ese inicio” a la especie que ocupará el lugar cardinal y será condición para la tutela del ambiente.

Así, al interior de la discusión sobre la protección ambiental, aparece la problemática del derecho a la vida y el aborto, en tanto este tema habilitado por la ley de reforma constitucional ha sido pensado como “grieta” por medio de la cual sería posible introducir mecanismos que alejen o impidan la legalización del aborto.

Son muy claras en ese sentido algunas intervenciones como las palabras de Ennio Pedro Pontussi, convencional por la Provincia de Salta: “No nos confundamos; el hombre es el

destinatario de toda esta preocupación que nos puede llamar a engaño, ya que nos puede confundir que haya personas que particularmente se preocupen por la defensa de algunos animales o de las plantas; pero el fondo de la cuestión es la defensa del ser humano. No creo en la preocupación de algunas personas muy conocidas en el mundo con respecto a los 'bebés foca', justamente cuando en la legislación de su país existe la posibilidad del aborto. Antes, se lo permitía hasta los tres meses de gestación, pero hubo un político francés que durante su campaña electoral prometió que cuando él fuera presidente ese período de tres meses se ampliaría a cuatro. ¡Todo un adelanto para la humanidad!” (Debatos de la Convención Nacional Constituyente, 1994 p. 1612)

7. Legislación Argentina

Respecto al derecho a la vida en nuestra Constitución Nacional encuentra una protección en el artículo 29, que frente a las desviaciones institucionales que ha sufrido nuestro país, protege a la vida, el honor y la fortuna de los argentinos. Aunque no se los menciona estrictamente aparecen como valores merecedores de protección especial.

La doctrina nacional entendió que el derecho a la vida emergía necesariamente del reconocimiento a la persona humana y su dignidad como centro del sistema de la democracia liberal. Por su parte la Corte Suprema enfatizó el carácter de la vida como primer derecho natural, preexistente a toda legislación positiva aunque reconocido en la Constitución y las leyes. Más adelante analizaremos algunos de sus fallos.

Después de la reforma constitucional de 1994 la protección del derecho a la vida adquirió una mayor intensidad. Por un lado, el reconocimiento de la existencia de la persona humana desde la concepción, dispuesta en el código civil, ingresó en el bloque de constitucionalidad, en mérito a la jerarquía constitucional otorgada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, el art. 4 de esa Convención dispuso que el derecho a la vida estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Por cierto, esta norma establece una seguridad que obliga al estado en términos relativos, pero reconoce que **desde la concepción existe vida humana merecedora de protección.**

Por su parte adquirió jerarquía constitucional la Convención de los Derechos del Niño que definió al niño como todo ser humano hasta los dieciocho años y Argentina formuló al respecto, una declaración unilateral en el sentido de que se entiende por niño a “todo ser humano desde el momento de su concepción, hasta los dieciocho años”. Con esta declaración

unilateral, el estado argentino resolvió jurídicamente el espinoso problema del comienzo de la vida humana, **situándolo en el momento de la concepción.**

Respecto al aborto como opción personal, no podría alegarse en nuestro país los fundamentos utilizados por la mayoría de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “Roe Vs Wade” en tanto esa sentencia consideró que violaba el derecho a la intimidad de la mujer el no permitirle abortar dentro de los tres meses de gestación, porque no había acuerdo acerca de cuando comenzaba la vida.

Dicho órgano entendió en ese caso que si existían discrepancias científicas, filosóficas y hasta religiosas acerca del inicio de la vida, el Tribunal no estaba obligado a pronunciarse al respecto. Pues bien, si casi treinta años más tarde aquellas dudas se han diluido y la Constitución Argentina, directa o indirectamente, ubica el comienzo de la vida humana en el momento de la concepción, una ley que penara el aborto por las causas que fueren no podría tacharse de inconstitucional, pues, por aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional, estaría sancionando el daño a terceros.

Sin embargo, cabría la duda acerca de si la no incriminación de aquellos actos constituiría una inconstitucionalidad por omisión del poder Legislativo, o si el Estado podría disponer de otros medios para proteger la vida desde su inicio. Claro que entonces se presentaría el problema de los medios idóneos para proteger efectivamente la vida humana desde sus comienzos, frente al principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido.

Resulta esencial la determinación del comienzo de la vida humana, porque habiéndola, la norma positiva interna e internacional y los principios morales que deben inspirarlas, obligan al Estado a protegerla. En el caso especial del aborto y aplicando la regla de no dañar a las personas, debe tenerse en cuenta que se trata de vida radicalmente inocente e indefensa. Tomando las palabras de la Madre Teresa de Calcuta (discurso premio nobel de la paz, 1979): “el más pobre entre los pobres hoy en día, el menos amado, el más menospreciado, el ser desechable de la sociedad” quien ninguna posibilidad tiene de evitar el daño si se ha decidido (y protegido legalmente) su supresión.

El derecho a la vida de la persona por nacer no sólo se encuentra protegido por el art. 75 inc. 23 de la CN -que dice que debe protegerse al niño desde el embarazo- y por los tratados internacionales de DDHH -que dicen que persona se es desde la concepción-, sino que también por varias de las Constituciones Provinciales.

Por lo que, considero que es muy importante dejar aclarado esto: Muchas de las constituciones provinciales dicen que persona se es desde la concepción: Buenos Aires: (art.

12°). Catamarca: (art. 65° inc. 3). Chaco: (art.15° inc.1). Chubut: (art. 18° inc.1). Córdoba: (arts. 4° y 19° inc.1). Formosa: (art. 5°). Río Negro: (art. 59°). Salta: (art. 10°). San Luis: (arts. 13° y 49°). Santiago del Estero: (art. 16°). Entre Ríos (art. 16°). Tucumán: (arts. 40° y 146°). Y Tierra del Fuego: (art. 14° inc.1).

El ordenamiento jurídico argentino, a los niños por nacer, les ha reconocido su condición de personas, portadoras de dignidad humana y de los derechos que le son inherentes.

El artículo 75 inciso 23 C.N. impone al Congreso la obligación de establecer «un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental.» el texto no deja lugar a dudas que para la Constitución Argentina, durante el embarazo hay dos personas dignas de protección especial: el niño y la madre.

El artículo 4.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José de Costa Rica dice: «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. Es decir "Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Mucho se ha discutido sobre el término «en general» que utiliza el Pacto de San José de Costa Rica a la hora de hablar del derecho a la vida. Sin embargo, esto fue resuelto muchos años atrás en un informe de la Comisión Interamericana de DDHH que se encargó de interpretar el artículo 4.1 del Pacto, y dejó sanjada la cuestión. En el informe BabyBoy, la Comisión IDH se encargó de interpretar lo que quería decir el término «En General», que dice el art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, y llegó a la conclusión de que debía ser entendido armónicamente con lo que decía la oración siguiente del mismo párrafo, esto es que «Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente».

Concretamente dice el informe BabyBoy: «Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del artículo 4, hay que considerar las circunstancias en que se practicó. ¿Fue un acto «arbitrario»? Un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4.»

O sea, en general el derecho a la vida está reconocido desde la concepción, pero existen excepciones a la regla, que en nuestro país le llamamos causales de no punibilidad, que permiten poder exigir abortar. (Informe Comisión Interamericana DDHH, Resolución 23/81 caso 2141, 06 de marzo de 1981).

De hecho la CSJN en el fallo FAL se basó a la hora de interpretar esta cuestión en el Informe BabyBoy de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, e interpretó que nuestro Código Penal permite según una interpretación amplia que se realicen abortos ante

casos de violación, con el sólo requerimiento y declaración jurada de la mujer. (Fallo 335:197 F.A.L s/medida autosatisfactiva).

La Comisión IDH ni la CSJN nunca mencionaron que el aborto puede ser practicado libremente, por lo que indudablemente deberá cumplir con alguna de las causales para poder ser considerado como no punible.

Concluyendo, el art.1o de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el art. 6o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por la Ley 23.313), ambos declaran que todo ser humano tiene derecho a la vida; y en el art. 1o, párr. 2o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (allí se reconoce que persona es todo ser humano). Por ende, si persona se es desde la concepción (según el art. 19 del Cód. Civ. y Com.), y persona es todo ser humano, y el ser humano tiene derecho a la vida, toda persona tiene derecho a la vida.

En el caso extremo en el que se decida por qué una mujer pueda abortar reclamando la libre disposición de su cuerpo, esto atentaría contra una gran cantidad de derechos y garantías (de niños y padres) reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución Nacional. Una decisión unilateral de la mujer, en la que no se respeta la vida que lleva dentro, ni se le permita al médico emitir opinión al respecto, en la que no exista ninguna causal para practicarlo, y en la que el progenitor varón que fue igual de responsable en que ocurra la concepción no tenga ni voz ni voto en el asunto, es una decisión arbitraria, y nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (Pacto de San José de Costa Rica, art 4.1).

CAPITULO 3:

LA JURISPRUDENCIA EN ARGENTINA

8. Análisis de los antecedentes jurisprudenciales del derecho a la vida en Argentina.

A continuación se analizarán varios fallos de nuestro país que hayan analizado cuestiones relacionadas con el derecho a la vida de la persona por nacer.

Si bien hay otros, se va a hacer mención sólo a fallos posteriores a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 los cuales se sujetan indiscutidamente a los tratados internacionales y se sujetan a la mentada reforma constitucional.

Una aclaración que debe hacerse es que los mismos no van a ser mencionados en orden cronológico, sino que van a ser en orden gestacional (cómo se va dando la protección de la vida desde el inicio del embarazo, de la unión entre el óvulo y el espermatozoide hasta los 9

meses de embarazo), cómo los jueces han ido resolviendo en las diferentes etapas gestacionales, a lo largo de años de sentencias.

El primer fallo al que debemos remontarnos (por su relevancia) es lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso **Asociación Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo**. Sentencia que data del año 2002, y en la cual se cuestionaba si el fármaco «Imediat», denominado «anticoncepción de emergencia», poseía efectos abortivos o no, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación.

Dicha Asociación inició la mentada acción de amparo a fin de que se ordenase revocar la autorización y se prohibiera la fabricación, distribución y comercialización del fármaco «Imediat», por ser una píldora con efectos anticonceptivos, pero también abortivos, encubierta bajo la denominación eufemística de anticoncepción "de emergencia".

La pretensión se fundó en el derecho a la vida humana desde la concepción, con reconocimiento constitucional expreso desde 1994, por la incorporación de diversos tratados internacionales, por cuanto sería contraria a la Constitución Nacional la autorización administrativa otorgada para la fabricación y comercialización de esa especialidad medicinal que, como uno de sus efectos, tiende a impedir que un óvulo humano fecundado anide en el útero materno, lo que constituye la muerte por aborto, de un ser humano ya concebido.

Con la ayuda de expertos se intentó determinar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno. En este caso, la CSJN resolvió que se encontraba “...en juego el derecho a la vida previsto en la Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en la ley civil (...)” “[debido a que] El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación y es en ese momento que existe un ser humano en estado embrionario.”

Dice la Corte alrededor de sus votos, que:

“Las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano.” (Voto de la Mayoría).

“El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional.” (Voto de la Mayoría).

“Los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción.” (Voto de la Mayoría).

“Corresponde ordenar al Estado Nacional -Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Mixta-, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco «Imediat» si, teniendo en cuenta que la vida comienza con la fecundación, constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida.” (Voto de la Mayoría).

Esta es la primera vez que vemos que la Corte protege la vida desde la concepción en el sentido más estricto de la palabra, esto es, desde el momento exacto en el que se unen el óvulo con el espermatozoide “la fecundación”. (Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro-. c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo Sentencia Nro. Interno: P.709 XXXVI, 5 de marzo del 2002)

El segundo fallo que debemos mencionar es el fallo **Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo**. En este fallo se intentó proteger a la persona por nacer desde que ya era un embrión, debido a que el objeto de autos se encuentra relacionado con la manipulación de embriones criocongelados y las técnicas de laboratorio que permiten fecundar un óvulo con un espermatozoide fuera del útero, llamadas comúnmente como Fecundación In Vitro.

En dichos autos, se le dio intervención a la Asesora de Menores e Incapaces, quien mencionó que dichas prácticas intervienen en las fases primarias del proceso de gestación de la vida humana, que cualquiera sea su encuadramiento jurídico, ésta merece tutela desde el momento mismo en que aparece, y que tal necesidad de tutela requiere un debido control por parte de la autoridad pública.

El art.4, inc.1, de la ya mencionada Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece: “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”.

Si bien la expresión “en general” puede restar carácter absoluto al criterio seguido, tal carácter resulta indiscutible si se considera que en virtud del art.75 inc.22 de la Ley Fundamental también la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, esto es, “tal como efectivamente rige en el ámbito internacional”, lo que impone tomar en cuenta las reservas y aclaraciones incluidas por nuestro país al ratificarla; y que, justamente, la ley 23.849 aprobó su ratificación con reservas y aclaraciones, entre otras la siguiente: “Con relación al art.1o de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción.”.

Dice el fallo Rabinovich: “lo expuesto permite concluir sin hesitaciones que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno. Es indudable, pues, que en nuestro régimen constitucional la existencia del ser humano y de la persona, consecuentemente, comienza desde el momento de su concepción”.

En dicho fallo, la Cámara Nacional Civil llegó a la indubitable conclusión de que un embrión concebido fuera del seno materno -como es el caso de la Fecundación In Vitro- goza de igual tutela jurídica que los concebidos intrauterinamente, y por ende debe respetarse su vida.

En concreto, el fallo de Cámara, consideró necesario adoptar ciertas medidas a fin de asegurar la tutela jurídica de los embriones y ovocitos pronucleados, a saber:

- Que el Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llevase a cabo un censo de embriones no implantados y de ovocitos pronucleados, existentes a la fecha en el ámbito de dicha ciudad.
- Prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos que implicase su destrucción o experimentación.
- Que toda disposición de éstos se concretase con intervención del juez de la causa y con la debida participación del Ministerio Público.
- Que se hiciera saber al Ministro de Justicia de la Nación la imperiosa necesidad de una legislación que brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de éstas técnicas (Rabinovich, Ricardo D. S/ amparo», C. Nac. Civil, Sala I, 3/12/1999, JA 2000-III-641).

Esto claramente muestra una visible diferencia entre lo resuelto en Rabinovich, y lo resuelto (en hechos similares) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el famoso fallo «Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica» (en adelante, Artavia Murillo), y pese a que algunas facciones a favor del aborto intentan hacer creer que lo resuelto por la Corte IDH en Artavia Murillo es de aplicación directa a nuestro país, es menester argumentar el por qué no podría ser esto posible.

A modo de breve resumen: El caso Artavia Murillo trata sobre la responsabilidad del Estado de Costa Rica, por la afectación generada a un grupo de personas, a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación In Vitro, en protección de la manipulación sin control de los embriones (muy parecido al Caso Argentino, Rabinovich). Sobre esto, la

Corte IDH realizó un análisis del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y llegó a la conclusión de que “El embrión no puede ser entendido como persona para los efectos del art 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

La jurisprudencia Argentina a la hora de resolver cuestiones relacionadas con la protección al embrión en sí, ha resuelto a favor de la vida de la persona por nacer, reconociendo a la misma, no sólo desde que es un embrión, sino desde el momento exacto en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide (esto es, incluso antes), se encuentre en el vientre de su madre o no, sigue siendo persona y tiene el derecho a la vida.

A continuación se procede a analizar los fallos que reconocen la vida de la persona por nacer y sus derechos desde que es un feto, o sea, pasado el período embrionario (ya hemos visto anteriormente la protección dada desde la fecundación per se, la fecundación inVitro, el pre embrión y el embrión propiamente dicho).

Entre los casos de protección al feto (etapa gestacional más avanzada) nos encontramos con el caso “**G., M. G. c/G., J. A. s/Medida Cautelar Alimentos Provisorios**” con sentencia de cámara del 14-09-2015 (Sentencia dictada el mismo año en que se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuestión no menor).

En dicho caso (G., M.G.) la Cámara de Apelaciones de Concordia confirmó la medida cautelar que fijó una suma mensual en concepto de alimentos provisorios en favor de un hijo en gestación (feto), ya que el derecho alimentario del niño por nacer se encuentra expresamente reconocido en el art. 665 del CCCN, máxime cuando el quantum fijado resulta razonable, siendo suficiente para satisfacer las necesidades básicas de la mujer embarazada y del niño por nacer. Esto fue resuelto en un juego armónico con la Constitución Nacional, ya que la reforma constitucional de 1994 nos brinda mayor cobertura a la protección del derecho a la salud del niño por nacer con la inclusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Un detalle respecto a la protección de la Seguridad Social:

El art. 24 puntos 1 y 2 apartado d) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone:

“...Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios (...) Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

Lo que deja claro que el mismo derecho internacional impone desde antes del nacimiento, el deber de asistencia sanitaria que tiene el Estado (antes y después del parto). Cuando analizamos lo desarrollado hasta aquí, y entendemos al Derecho a la vida como otro de los Derechos fundamentales, al igual que la salud, podremos ir formando un panorama más claro de que nadie se encuentra por encima del otro, y que si bien, tanto el niño como la mujer están reconocidos expresa y especialmente en el Derecho Internacional, no existe posibilidad de interpretar a estos de manera que el derecho de uno vaya en detrimento del derecho del otro.

Asimismo, debemos reflexionar que según el “art. 75 inc. 23 CN primera parte” se considera a los niños, las mujeres, los ancianos y a las personas con discapacidad como los cuatro “sujetos especialmente protegidos por nuestra Constitución”.

Niños, conforme lo dice el art. 2 de la ley 23.849 que expresa en su parte pertinente: “Con relación al artículo 1o de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño en su Artículo sexto 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”.

Especial atención debemos darle también al segundo párrafo del inciso 23 del art. 75 de nuestra Constitución, el cual dispone que corresponde al Congreso: “Dictar un código de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Es por ello, que el Estado otorga a través de ANSES, la Asignación por Prenatal y la Asignación por Embarazo para Protección Social. Por eso es que existen entre otras cosas además, la asignación prenatal, la asignación universal por hijo, y la asignación por embarazo.

Desde 2015, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, la posibilidad de reclamar alimentos desde la concepción. No nos olvidemos que el reclamo por alimentos es un derecho que tienen los niños, los cuales son representados por sus padres, únicamente por el hecho de que no pueden hacerlo por sí mismos. Sin embargo, el derecho a percibir alimentos, es de los menores de edad desde la concepción y -con el nuevo CCCN- de los mayores de edad hasta los 21 años, ó 25 años si están estudiando.

Otro fallo a destacar, es el de un triste caso en el que se resolvió: “Condenar a 2 años de prisión a la imputada, por resultar penalmente responsable de practicar el delito de aborto con agujas de tejer a una mujer embarazada, causándole daños que le provocaron la muerte, en tanto que quedó demostrado, con el grado de certeza necesario, tanto la materialidad del hecho como su autoría, encuadrándose la conducta de la imputada en el delito de aborto.”

Respecto al aborto en sí, el fallo informa que, la condenada a prisión, “contando con el consentimiento de la mujer, y con la finalidad de practicarle un aborto, le introdujo agujas de tejer, un alambre, y un catéter, provocándole a I. G. L. una lesión en el cuello uterino que le causó complicaciones y momentos después la muerte, en su propia vivienda y delante de la misma imputada, "aniquilando también, -consecuentemente- la vida del feto que gestaba". Este fallo, muestra una vez más, que se reconoce del derecho a la vida al feto.

Otro de los casos que es necesario mencionar, es “**Sánchez, Elvira Berta c/Ministerio de Justicia y Ders. Humanos de la Nación**” (C.S.J.N., 22/5/07), donde se le reconoció a la actora, que ya había percibido la indemnización prevista por la Ley 24.411 por el fallecimiento de su hija como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas en el período 1974/1983, el derecho a percibir también la indemnización por el fallecimiento de su nieto no nacido.

Respecto a los hechos, Ana María del Carmen Pérez (hija de la actora) fue víctima de homicidio por parte de las fuerzas de seguridad con anterioridad al 10 de octubre de 1983, en circunstancias en que, habiendo sido previamente privada de su libertad, se hallaba con un embarazo a término (cumplía nueve meses el 20 de septiembre de 1976).

Elvira Berta Sánchez (madre de Ana María del Carmen Pérez) solicitó ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación la indemnización prevista por la ley 24.411 con motivo de la muerte de su nieta. El Ministerio denegó el beneficio por entender que quien podría resultar beneficiario no ha tenido existencia visible y en virtud de lo dispuesto por los arts. 54 inc.1o, 63, 70, 74 y concordantes del entonces Código Civil, ya que «no habiendo nacido con vida» se trataba de un nonato que no podía adquirir derechos (interpretación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

Interpuesto por la actora el recurso de apelación previsto por el art. 6o de la ley 24.411, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, lo rechazó, aludiendo a las mismas normas sostenidas por la sede administrativa y a igual interpretación de la ley 24.411.

Contra este pronunciamiento la actora interpuso recurso extraordinario, que, concedido, fue declarado procedente por la Corte, dejándose sin efecto la decisión

impugnada. En su voto los Jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni consideraron que los legitimados a petitionar el beneficio, por derecho propio por perjuicio material y espiritual experimentado por la pérdida de un miembro de la familia, son sus causahabientes.

Para finalizar, dijo la Corte: “El beneficio previsto por el art. 2o de la ley 24.411 — cuyos beneficiarios son los causahabientes pues ninguna acción o derecho puede nacer sino en cabeza de personas vivas— es equiparable a una indemnización por daños y perjuicios sufridos por los parientes de una persona fallecida a causa de un homicidio (arts. 1077, 1079, 1084 y concordantes del Código Civil) pues los familiares del fallecido tendrán como causa de su acción la muerte provocada, pero esta acción es de iure propio y no de iure hereditatis.”

“Tratándose del fallecimiento de una persona por nacer, una de las especies jurídicas del género persona, según nuestra ley civil, no existe motivo para negar el otorgamiento del beneficio establecido en el art. 2o de la ley 24.411.»

9. Conclusiones respecto a la Jurisprudencia

Por todo lo expuesto podemos concluir que respecto al inicio de la vida de una persona en nuestro país no hay mucho más por decir ya que esta cuestión ha quedado zanjada tanto legalmente como doctrinariamente y hasta jurisprudencialmente (desde que en un fallo se llegó a la indubitable conclusión de que un embrión concebido fuera del seno materno - como es el caso de la Fecundación In Vitro- goza de igual tutela jurídica que los concebidos intrauterinamente, y por ende debe respetarse su vida).

La realidad en cuestión, es que el niño por nacer en el Derecho Positivo Argentino ha sido protegido en cada una de sus etapas gestacionales, desde la fecundación en sí, hasta el nacimiento.

Por tal motivo no debería medirse la doble vara de si es persona o no de forma progresiva, o si tiene el feto más derecho a vivir mientras más desarrollo tenga, ni creer que en nuestro país existan ciudadanos de segunda.

En virtud a lo expuesto precedentemente queda zanjada la cuestión relativa al posicionamiento de la República Argentina al respecto.

Nos queda esbozar cuáles son los factores que dieron (y dan) a lugar poner en cuestionamiento el derecho natural a la vida y toda la protección positiva que vino desarrollando la República Argentina en su sistema jurídico desde sus orígenes hasta la fecha, dando origen a un debate que intentó revertir todo el avance hasta aquí logrado, impulsando

un proyecto de ley que establece un derecho subjetivo de la mujer para provocar el aborto a simple petición, sin expresión de causa alguna y con un deber consecuente del estado para proveerlo.

Sobre todo teniendo en cuenta el avance jurídico argentino analizado precedentemente en la protección del niño desde la concepción, resta analizar cómo se llega a un proyecto de ley que ignora completamente al tercero en cuestión que es el concebido. Cabe tratar de determinar a través de un pormenorizado estudio, cuáles son los idearios que fundamentan el Protocolo de aborto.

CAPITULO 4: EL FALLO FAL

En el presente capítulo se procederá a un minucioso análisis del fallo F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, mediante el cual se confirmó lo resuelto por la anterior instancia, que había hecho lugar al pedido de la madre de una menor de 15 años de edad –al momento de la judicialización del asunto–, de que se interrumpa su embarazo con base en el art. 86, incs. 1º y 2º del Código Penal, con sustento en que la niña había sido objeto de una violación de lo cual cursaba, en ese momento, un embarazo de ocho semanas.

Para ello comenzaré con la interpretación del voto de la mayoría, tomando las consideraciones del Profesor Renato Rabi Baldi Cabanillas sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso F.A.L. de la Corte Suprema.

10. Interpretación del caso. Voto de la mayoría

Se examinará, en primer término, el voto de la mayoría. Éste arriba a la “interpretación amplia” del inciso a través de una segunda línea de argumentación: la “armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común” (consid. 8º).

De esta manera, procura desvirtuar el agravio deducido por el defensor del nasciturus, para quien, con la exégesis dada por el a quo al inciso –semejante a la que a la postre adopta la Corte– “se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción” (consid. 3º).

Para el Alto Tribunal, se hace “necesario y oportuno responder” a dicha queja “desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado

como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado...” y “de otras normas y principios de igual jerarquía” (consid. 7°).

La señalada construcción argumental principia con la referencia al art. 75, inc. 23 de la Constitución. Se dice que de éste “resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula la recurrente” (consid. 9°, pr.).

Para empezar, considero que ambas argumentaciones (defensa y voto de mayoría) se sitúan en ámbitos distintos por lo que es lógicamente imposible una recíproca refutación. En efecto; la mayoría acierta en que esa norma –y las que se citarán– nada dicen sobre los supuestos de permisión del aborto.

Pero eso no roza la tesis de la defensa que transita por otro ámbito: para ella, la interpretación amplia del inciso deja inoperante al elenco de normas que invoca. De ahí que si es irreprochable que el inciso 23 tuvo por objeto “dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo”, por lo que “de esta norma nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles” (consid. cit., 2° párr.).

También lo es lo que afirma la defensa: existe la manda de dictar tal marco normativo porque hay un ánimo de defensa de la vida desde la concepción que no puede ser silenciado

La argumentación de la recurrente está, pues, en un ámbito previo al del voto mayoritario: sugiere que si hay un programa de seguridad social “especial e integral” desde el embarazo (y que, a fortiori, se extiende a la madre “durante” el período de gestación “y el tiempo de lactancia”) es porque el constituyente piensa que hay derecho a la vida desde la concepción que justifica el dictado de tal “régimen”.

Y si en ninguna parte de este razonamiento entra la cuestión punitiva, ello se debe, sencillamente, a que ésta no tiene cabida en un régimen de seguridad social. El punto aquí es uno anterior: ¿hay derecho a la vida desde la concepción? Y si la respuesta –textos constitucionales e infraconstitucionales en la mano– fuera afirmativa, recién entonces cabe responder si, no obstante lo anterior, se está, ante una hipótesis permisiva de aborto.

Es verdad que en la Convención Constituyente de 1994 no se pretendió “limitar el alcance” del inciso bajo examen (consid. cit., párr. 3°), lo que es lógico porque cláusulas como la del inciso en cuestión no tienen prosapia constitucional sino que deben reservarse al exclusivo ámbito penal, pero sí lo es, como agrega el Alto Tribunal, que “se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida” y que derivó, entre otras consecuencias, en el dictado del señalado inc. 23.

Y éste es el punto que no cabe pasar por alto: ese debate y la consecuencia de éste (el dictado de un régimen especial e integral en favor del niño desamparado desde el embarazo). Situados en dicho horizonte, recién entonces cabe avanzar sobre las causales de exención de punibilidad del aborto.

La Convención Americana dice sobre el tema bajo examen: en su art. 4, inc. 1° prevé que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida [...], en general, a partir del momento de la concepción”, norma que mereció, como señala el voto y no podía ser de otro modo, un vivo debate entre sus redactores.

Empero, el contenido de ese texto es inusualmente más preciso que los artículos de otras convenciones que tratan de la protección de la vida, por lo que algo importante está diciendo: que la vida principia, en general, desde la concepción.

Si bien la matización “en general” restringe el contenido de “concepción” –por lo que es correcto que dicho artículo “no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida”, no lo es menos que el iter argumentativo seguido por la mayoría de la Corte omite un paso imprescindible para obtener la adecuada decisión del asunto que puede ser coincidente con el que arribó el tribunal.

Cuanto se ha dicho respecto de las normas del Pacto se aplica a las de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de las que se ocupa el voto en el consid. 11. Y otro tanto cabe señalar de lo que se dice del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el consid. 12.

El contenido de este precepto, con todo, merece atención: “nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Este último requerimiento está exigiendo una fundamentación suplementaria si de la cancelación de la vida se trata, la que, es claro, no se cubre con la mera alusión al parecer de los Comités de Derechos Humanos y de los Derechos del Niño “relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación” (consid. 12, 2° párr.). Tampoco convence la exégesis del art. 2° de la ley 23.849.

El voto dice que éste “no constituye una reserva” (consid. cit., párr. 4°) y está en lo cierto. La mera lectura de la norma dice que es una “declaración interpretativa” adoptada, por lo demás, por unanimidad de ambas cámaras del Congreso Federal.

Pero si bien, técnicamente, desde el punto de vista del derecho internacional público no es lo mismo una reserva que una declaración interpretativa, en cuanto aquí interesa tal distinción se diluye por completo porque, como dice la Corte adecuadamente, la Convención rige “en los términos del art. 75, inc. 22”, es decir –agrego repitiendo el texto constitucional–, “en las

condiciones de su vigencia”, lo que implica señalar que rige tal y como nuestro país se ha obligado internacionalmente al momento de depositar el instrumento de que se trate.

De ahí que si la Argentina queda compelida en los términos de la mentada ley, es justamente esa declaración la que corresponde evaluar, la cual tiene una relevancia no menor, tanto más cuanto que en 1994 el documento fue elevado a jerarquía constitucional.

En efecto, afirmar que niño es “todo ser humano desde el momento de su concepción”, además de más enfático que lo que dispone el citado art. 4° del Pacto de San José, dota al nasciturus de una aureola de protección por una norma de máxima jerarquía que no puede menospreciarse.

Eso no significa, como se viene señalando, que al cabo del examen de ponderación de derechos su suerte no sea adversa. Pero tal aureola exige asumir ese camino, no soslayarlo.

No advierto en la “construcción argumental” de la mayoría de la Corte ninguna mención al nasciturus y, menos, a su status constitucional, ni siquiera en el segmento de esa construcción en el que se advierten las mejores razones en favor de su postura.

En efecto; en el consid. 15, con sustento en “el principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación”, considera que “reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito [...] por no responder a ningún criterio válido de diferenciación...”.

Y añade, “...aceptar una interpretación restringida de la norma en trato [...] no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual...”.

A su vez, en el consid. 16, con arreglo al “principio que consagra [a las personas] como un fin en sí mismas y proscrib[e] tratarlas utilitariamente”, entiende que debe admitirse la exégesis amplia del inciso ya que “la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada”.

En efecto; resulta incuestionable que no cabe establecer distingos entre víctimas de delitos sexuales fundados en la capacidad o incapacidad de aquellas. Todas –con entera prescindencia de sus “accidentes”, basados en la raza, el sexo, las diferencias físicas o, en cuanto aquí interesa, el uso o no de razón– son personas y, por tanto, sustancialmente iguales.

Desde ese plano, un delito sin dudas aberrante como lo es la violación que, además, se sigue de embarazo, transforma a todas esas personas en sujetos que el ordenamiento jurídico

debe proteger por igual. Pero el problema estriba en que, como consecuencia de tal delito, ha ingresado a la escena un tercero, ajeno a la relación víctima-victimario y acreedor, en tanto que persona, de todos los derechos que discierne el mencionado ordenamiento.

Desde esta perspectiva, coincido con la Corte en que cabe privilegiar la interpretación legal que “más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (consid. 17) a condición de que tal exégesis lo sea tanto para la madre como para el feto.

En ese sentido, quizá la cita de Carlos Nino del consid. 16 in fine abra el camino que reclamo cuando afirma que el delito bajo tratamiento impide exigir a las personas que realicen sacrificios apreciables en beneficio de otras personas o de un bien colectivo.

Se trata de la única vez que el voto menciona a “otras” personas por las que la mujer violada y embarazada pudiera eventualmente asumir algún sacrificio al cabo del proceso de ponderación de títulos jurídicos que exige la directriz sistemática o armónica de la comprensión de los derechos. Y dentro de esas personas, como es obvio, ocupa un lugar central el status del nasciturus, ese otro que está ahí y que es, además, absolutamente inocente en la tragedia que se vive.

Por ende, mi crítica al voto de mayoría –en este tramo de la argumentación– no se centra en si la mujer es o no capaz, por cuanto aquí es decisiva la violación seguida de embarazo, el que comprende a ambos casos. En ese punto el razonamiento del fallo es inapelable. La crítica se funda en lo que el tribunal no dice: qué consideración cabe al nasciturus y de qué manera resulta posible (si alguna) garantizar sus derechos junto con los de la madre.

11. Perspectiva de la defensa y del voto minoritario

Por de pronto, tengo para mí que el constituyente, en línea con la conocida tradición infraconstitucional de nuestro ordenamiento jurídico, entiende que hay vida desde la concepción, al extremo, entre otras consecuencias, que debe dictarse un régimen especial e integral en defensa de ella. Es a partir de esa proposición que razonan la recurrente y los votos de los jueces Argibay y Petracchi.

En efecto, con la salvedad de pocas palabras, el argumento de ambos magistrados es semejante, por lo que transcribo, por comodidad, el de la Ministra Argibay: “...aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses”, a saber, “...el derecho a la vida de la persona por nacer...” y “...la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación...”.

Conviene reparar en los términos empleados: se trata de un “severo conflicto de intereses”. “Severo”, es decir, sumamente acusado y grave; “de intereses”, en plural, ya que convoca, cuanto menos, a dos derechos de rango análogo.

No se está, pues, ante un caso “fácil”, en definitiva, sólo hay un derecho en juego, tal y como parece ser la idea que se infiere del voto de mayoría. Por el contrario, se está ante un asunto complejo; uno de esos casos “difíciles” que exigen ponderar con suma prudencia el contenido de los bienes jurídicos que se dan cita en cada circunstancia a fin de garantizarlos, en la mayor medida posible, y con el riesgo de que si ello no es factible, se derivará, como escribe Atienza, no ya hacia un escenario que admite diversas “alternativas”, sino hacia otro que plantea un “dilema”: o uno u otro derecho.

En este supuesto, se está ante un caso “trágico”, por cuanto no es dable obtener un equilibrio ni “óptimo”, ni “mínimo” entre ambos derechos.

Considero que la metodología seguida por los dos votos concurrentes es la que se compadece con la Constitución y la inveterada jurisprudencia del Alto Tribunal. Pero el razonamiento no concluye allí.

Así las cosas, admitida la existencia de dos derechos, corresponde adentrarse en la siguiente pregunta, ya de carácter sustancial: ¿debe vivir el nasciturus consecuencia de una violación, sin que sea relevante si la víctima es una persona capaz o incapaz? Se abre aquí el camino de la ponderación de esos derechos de jerarquía superior y análoga.

Al respecto, los magistrados concurrentes razonan que cabe asumir “la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna...”.

Pues bien; llegados a este punto, obsérvese el modo de ponderar que propicia la defensa del nasciturus, tal y como lo refieren los jueces Argibay y Petracchi. Según infiero de sus votos, la argumentación podría dividirse en tres partes.

En primer lugar, interpreta que la “interrupción del embarazo sólo” procedería, contrariamente a lo que argumenta el superior tribunal provincial, “en los casos de violación de una mujer ‘idiota o demente’” (consid. 5º, in fine, voto de la jueza Argibay).

En segundo término, parecería considerarse que, a fin de no dejar inoperativa la norma que postula el derecho a la vida desde la concepción, la interpretación del inciso de referencia “ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo ‘y de enorme dramatismo’ los casos subsumibles en ellos” (consid. cit., párr. 4º).

Este último aspecto conlleva al tema de la ponderación, que es el que me interesa destacar. Según refiere la jueza citada, para la defensa “la intensidad de la afectación de los

derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (v. gr., asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo)” (consid. 13, in fine, énfasis añadido).

La argumentación en este último segmento es clara: la norma permisiva cancela definitivamente una vida y, con ello, cercena todos los derechos que le son inherentes. Frente a ello, la afectación de los derechos de la madre resultarían menores y podrían suplirse a través de medidas alternativas que, al tiempo que aspiran a garantizar –en la mayor medida de lo posible– los derechos que resultan afectados en la madre a raíz del ilícito (integridad física y psicológica; salud; etc.), permiten, también, salvaguardar el derecho a la vida del nasciturus, ajeno, como se dijo, a la tragedia que experimenta la víctima.

En términos de Alexy, la defensa propone aplicar –dentro del principio de proporcionalidad–, el subprincipio de “necesidad”, que postula adoptar, para decirlo en palabras del Tribunal Constitucional español, “la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos”. Repárese ahora en la respuesta de los votos concurrentes.

Al primer argumento de la defensa, la jueza Argibay responde –no se ocupa del tema el juez Petracchi–, señalando que “está fuera del marco de decisión de esta instancia federal la revisión del modo en que el tribunal provincial ha interpretado el art. 86, inciso 2º, del Cód. Penal” por ser ésta una norma de derecho común (consid. 10).

Empero, ambos jueces consideran que “corresponde resolver si tal interpretación se halla o no en conflicto con las disposiciones constitucionales” (consid. 10 del voto de la jueza Argibay y 8º del voto del juez Petracchi), lo que entienden que no es así a la luz de la deficiente prueba aportada por la recurrente a tal fin.

Escriben los jueces: “se invoca unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto [...]

Al sesgar de este modo su argumentación se **ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación** del art. 86.2, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna **contraria a la que fuera previamente definida por el legislador**” (consid. 13 del voto de la jueza Argibay y 9º del voto del juez Petracchi).

Profundizan: “...en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar [...] un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (**invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador**) resultaba incorrecta” (voto de la jueza Argibay, consid. 13, párr. 4°; voto del juez Petracchi, consid. 11, la cursiva y la negrita se han añadido).

Parece inferirse que si la defensa hubiera persuasivamente probado que los derechos de la madre podrían haberse satisfecho suficientemente, sin necesidad de recurrir a la alternativa extrema del aborto, su postura podría haber resultado acogida.

El razonamiento transcrito, en definitiva, no es sino el cabal empleo de la técnica de la “ponderación” de los derechos, de modo que, para decirlo con Alexy, la tensión entre principios se resuelve a través del establecimiento entre ellos de una “relación de precedencia condicionada”, la cual consiste en que “tomando en cuenta las circunstancias del caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.

Aplicadas estas ideas al caso bajo comentario, la propuesta de la recurrente no resultaba consistente a la luz de las circunstancias de la causa, por lo que no era posible brindar una solución que, en los términos ya mencionados de Atienza, proporcione cuanto menos un “equilibrio mínimo” a los derechos en juego.

Existe, sin embargo, un implícito en el razonamiento de los jueces que podría desvirtuar la precedente consideración. Son los extremos que he puesto en negrita en los dos párrafos precedentes y que dan por no cuestionable constitucionalmente la interpretación amplia del inciso 2° que brinda el tribunal provincial (confr. consid. 13, párr. 1°, in fine, y párr. 3°, in fine del voto de la jueza Argibay; consid. 8°, pr. del voto del juez Petracchi).

En efecto; asumir por cierto el “esquema de preponderancia fijado por el legislador”, según la exégesis que brinda el a quo, entraña, en los hechos, transformar en una regla lo que antes se asumía como un “severo conflicto de intereses”, esto es, como una delicada tensión de principios.

Si bien ese camino es inevitable cuando se emplean “autorizaciones legales” o “reglas de justificación”, (o una “cláusula de excepción”), me parece controvertido hacerlo a partir del inciso en cuestión, ya que si el razonamiento que he realizado supra II está en lo cierto, cabe

concluir que la interpretación dada por el tribunal provincial –que los mencionados jueces de la Corte no controvierten– no resulta acertada.

Llegados a este punto, ambos votos afirman, sin ambages, que se está ante un caso “trágico”. En efecto, en el 2º párr. del consid. 13 escribe la jueza Argibay que la defensa “desdeña la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus...” (cfr., asimismo, consid. 10 del voto del juez Petracchi).

Empero, el voto de la jueza ahonda en este trascendental asunto. Así, en el consid. 14, párr. 1º agrega que “una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero. Sólo en consideración de este contexto específico es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida”.

Es difícil hallar una síntesis más pertinente de un ejemplo de caso “trágico” que los párrafos recién transcritos. Éstos reconocen que no es posible garantizar uno de los derechos en juego no ya en toda su dimensión (“equilibrio óptimo”), ni tampoco en la mayor medida de lo posible (“equilibrio mínimo”), sino de ninguna manera.

Se está, pues, ante un “dilema” porque la abdicación de cualquiera de los derechos en juego en todos los casos concretos constituye un retroceso para la teoría de los derechos humanos estructurada sobre el presupuesto de que las personas son “fines en sí mismos” y que, por tanto, jamás pueden ser “medios” o hallarse en función de los demás.

Ahora bien: ¿quién determina cuáles derechos, bajo ciertas condiciones, han de ser sacrificados en aras de salvaguardar otros? Las sociedades democráticas contemporáneas, fundadas en el moderno concepto de “división de poderes”, han considerado que tan problemática determinación no puede quedar reservada a la discrecionalidad de cada juzgador, sino que debe ser la consecuencia de una decisión emanada del Poder Legislativo en tanto portavoz privilegiado de la voluntad popular.

Ambos jueces se hacen eco de esta apreciación. La jueza Argibay, en el más arriba citado consid. 14, párr. 1º, añadiendo en el siguiente párr. 2º que “como bien lo advierte el superior tribunal local, la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa legislativa es competencia exclusiva del Poder Legislativo” (cfr., asimismo, consid. cit., párr. 3º, in fine). En cuanto al juez Petracchi, obsérvese el consid. 9º, in fine y, especialmente, el ya citado consid. 10 cuando señala que se está ante una situación

extremadamente conflictiva “que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus...”.

Coincido con esta respuesta pero, de inmediato me asalta el cuestionamiento anteriormente señalado: la vigorosa apreciación de que –para decirlo con palabras de Argibay– el legislador sólo excepciona una conducta que aprecia, en sí, como prohibida, se funda en el implícito de que aquél ha efectivamente querido que a toda mujer víctima de un delito de índole sexual del que se deriva su embarazo se le autoriza llevar adelante un aborto. Como anticipé, es precisamente ese punto de partida el que no me parece firme, con sustento en lo dicho supra II, por lo que la consideración “socialmente soportable” de una conducta de suyo reprochable sólo hallará fundamento sobre una norma que no puede ser el inciso 2º del art. 86 del Código Penal.

De cualquier modo, aun admitiendo que corresponde al legislador la definición de un asunto de esta magnitud, queda por resolver si la opción “amplia” que –según la Dra. Argibay– propicia aquél es la única posible. Esa ha sido la tesis tradicional de la doctrina. Núñez es categórico: “la ampliación del contenido del inc. 2º del Código es justa, pues contempla la situación moral de la mujer que ha concebido al ser víctima de un delito, esto es: sin capacidad para aceptar el acto o sin voluntad de realizarlo. Nadie le puede imponer a una mujer el deber de aceptar un hijo en tales condiciones”.

Citando a Peco, añade: “...‘el vástago de la violación evoca el recuerdo de un acto que lastima el pudor de la mujer soltera y perturba la tranquilidad de la mujer casada, sin que la ley deba obligarla a soportar una maternidad odiosa”. La magistrada es del mismo parecer: “este esquema normativo [...] delimita el supuesto excepcional en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo –esto es, el hecho antijurídico precedente– cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer”.

Más aún, “el juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal” estriba en “la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (v. gr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza penal)” (consid. 14, 4º párr.).

Empero, también se han alzado voces contrarias en el ámbito de la doctrina, tal la del prestigioso filósofo político y jurídico Norberto Bobbio, quien reflexiona en una célebre entrevista concedida al periodista Giulio Nascimbeni: “No hablo de buen grado de este problema”, ya que es “muy difícil; es el clásico problema en el que nos encontramos frente a

un conflicto de derechos y deberes. Ante todo el derecho fundamental del concebido, el derecho a nacer, sobre el cual, creo yo, no se puede transigir.

Es el mismo derecho en cuyo nombre soy contrario a la pena de muerte. Se puede hablar de despenalización del aborto pero no se puede ser moralmente indiferente frente al aborto [...] Está también el derecho de la mujer a no ser sacrificada por un hijo que no quiere. Y el de la sociedad [...] a ejercer el control de la natalidad”. Y añade: “Son derechos incompatibles. Y cuando uno se encuentre frente a derechos incompatibles, la elección siempre es dolorosa”. Ante la pregunta de que, no obstante, es menester decidir, responde: “He hablado de tres derechos. El primero, el del concebido es el fundamental; los otros [...] son derivados.

Por otro lado, y para mí este es el punto central, el derecho de la mujer y el de la sociedad, que suelen esgrimirse para justificar el aborto, pueden ser satisfechos sin necesidad de recurrir al aborto, evitando la concepción. Pero una vez que hay concepción, el derecho del concebido sólo puede ser satisfecho dejándole nacer”.

A su juicio, la ley 194 resulta criticable porque, entre otros conceptos, “reenviar la solución al momento en el que la concepción ya se ha producido es huir del fondo del problema”. Y concluye, a partir de una crítica a una de las tesis de Mill: “Las feministas dicen: ‘mi cuerpo es mío y lo gestiono yo’.

Pero yo digo que aplicar ese razonamiento al aborto es aberrante. El individuo es uno, singular, pero en el caso del aborto hay un ‘otro’ en el cuerpo de la mujer [...] Con el aborto se dispone de una vida ajena”. Y bien: ¿es así? ¿Es verdad, parafraseando a Arthur Kaufmann, que “tertium non datur”? Se ha visto que la defensa plantea una alternativa de garantizar, mínimamente cuanto menos, ambos derechos que, por lo que se lee del voto de los jueces Argibay y Petracchi, no está debidamente fundada y, por tanto, queda descartada.

La magistrada advierte, una vez más, la extrema dificultad del asunto. Sus palabras –que trasuntan un compromiso intelectual digno del mayor reconocimiento– lo muestran con claridad: “en este sentido, debe quedar claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante” (consid. 14, párr. 7°).

Por de pronto, reivindica el principio general de armonizar los derechos que se dan cita en la coexistencia social. Y de este modo se acerca al argumento teórico de la defensa en un punto –de neta reminiscencia alexiana– que reputo decisivo: la búsqueda del máximo resguardo posible de los derechos y, por ende, el ensayo de las reglamentaciones menos restrictivas de tales bienes de modo de evitar la cancelación de alguno de ellos.

Pero, de seguido, reconoce que en supuestos “excepcionales” ello deviene “imposible” por lo que queda expedita como última ratio la afectación de uno de los derechos en juego siempre que ella sea la “única vía” de garantizar el restante.

Con todo, es la propia Constitución la que señala un camino a explorar en orden a asegurar, tanto como resulte posible, ambos derechos y sobre el que nunca se insistirá lo suficiente: es el que surge del art. 75, incs. 22 y 23 y que es la consecuencia –como recordó el voto mayoritario– del intenso debate ocurrido en la Convención Nacional Constituyente de 1994, al ocuparse del asunto. Sus términos, en efecto, no merecen ser silenciados e invitan a la reflexión.

Por de pronto, conviene retener la consagración constitucional conjunta de que el derecho a la vida principia con la concepción (Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño). Asimismo, es facultad del Congreso “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta [...], y de la madre durante el embarazo...”.

El espíritu del legislador es elocuente: procura comprometer toda su energía para salvaguardar –desde el embarazo– al niño “desamparado”, dentro de cuya amplia variedad de supuestos ingresa sin dificultad el que ha sido fruto de una violación, en tanto es obvio que, como regla general, no se trata de una persona querida y bienvenida, evitándose, de este modo y como expresó el convencional Alfonsín en aquella histórica oportunidad, que se concrete la “tragedia del aborto”.

Pero ante esa misma dramática situación, el constituyente ha propiciado otra directiva de la mayor importancia: proteger también, por análogos medios, a la madre durante ese trance no deseado, de modo de asegurar sus derechos básicos y, de tal forma, proteger con la mayor amplitud que las particulares circunstancias de cada caso presenta, tanto sus derechos como los del nasciturus.

De esta manera, pienso, se completa el círculo de esta circunstancia especialmente dramática de la experiencia humana. Según creo, el voto de la mayoría también llamó pertinentemente la atención de este punto cuando, tras exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a “implementar [...] protocolos hospitalarios para la concreta atención de los

abortos no punibles” (consid. 29), expresa que “en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada”, se insta a que “tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva.

En ese contexto, deberá asegurarse [...] la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como su asesoramiento legal en el caso” (consid. 30). Es verdad que el grueso de las directivas se orienta a proteger a la madre, sin referencia alguna al nasciturus, tal y como ya fue críticamente señalado respecto de este voto.

Pero la omisión apuntada no empece que los empeños formulados por la mayoría de la Corte no resulten imprescindibles. Sólo que, a ellos, deben unirse semejantes fatigas en pos de garantizar la vida de la persona por nacer. Como es obvio, nadie dice que sea ésta una tarea sencilla y, menos, que siempre pueda concretarse. Con todo, una teoría que verdaderamente se tome en serio los derechos humanos no puede soslayar el intento y, si éste no resulta practicable, acudir al sistema de permisiones que estipule el legislador.

Otra de las consecuencias de la última cita de la Dra. Argibay sobre las que deseo llamar la atención es que esa cancelación de uno de los bienes jurídicos en juego no puede ser vista como un “derecho”, sino como una “excepción” al derecho cercenado y que, por lo mismo, ostenta un alcance restrictivo, en línea con conocida jurisprudencia de la Corte.

Es la lógica consecuencia del camino metodológico que manda la Ley Suprema por la simple pero relevante razón de que no hay derechos fundamentales de jerarquía superior a otros, sino que todos ostentan análogo status en tanto inhieren en la universal dignidad de la persona. Pienso que la jueza Argibay es muy clara al respecto cuando escribe que se trata de un “permiso jurídico” (consid. 15) que afecta “el interés legítimo de un tercero” y que resulta “socialmente soportable” en razón de que el “peligro” para el otro “interés jurídico [...] únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación” del otro interés. De lo contrario, la conducta permisiva deviene “prohibida” (cfr. consid. 14, párr. 1°).

Ahora bien: más allá de las prevenciones que la ministra expresamente verbaliza en la última cita bajo estudio, de la integral lectura de su voto se desprende que el peso de las afectaciones que padece la mujer (capaz e incapaz) sobre el embarazo derivado de una violación “derrotan” al derecho del nasciturus, de donde resulta aplicable la normativa en sus

estrictos términos, esto es, “demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación” (consid. 15).

El voto de mayoría, por el contrario, parece exorbitar los términos del texto: “el respeto a lo establecido en el art. 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el art. 86, inc. 2 no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación” (consid. 27).

Ante ello, y con prescindencia de que la argumentación de los votos de la Corte descansa sobre la exégesis amplia del inciso, que no reputo adecuada, se abren diversos planteamientos de los que aquí sólo deseo tratar dos: i) el tema de la objeción de conciencia y ii) el tópico de la denuncia de la violación. i) el tema de la objeción de conciencia.

Este aspecto es asumido exclusivamente por el voto de mayoría y lo hallo de toda razonabilidad. Luego de “advertir” a los profesionales de la salud “la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida” (consid. 22) y de señalar que resultarán pasibles “por las consecuencias penales” que se derivan de no dar cumplimiento al inciso (consid. 24, últ. párr.), el voto matiza tales consideraciones cuando, en el consid. 29, expresa que “deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio” (consid. 29).

Este tema constituye uno de los aspectos fundacionales de la teoría de los derechos humanos y ha sido reconocido por la Corte Suprema en el conocido precedente “Portillo”. Si los derechos fundamentales son, como los creo, una manifestación de la dignidad humana (en tanto esta última reenvía a la idea de “eminencia” o “superioridad” del hombre), no puede desconocerse el goce del derecho de objeción de conciencia de los profesionales de la salud ante situaciones extremas, en las que resultan comprometidas, además del núcleo más esencial de su arte (concretamente, el mandato hipocrático), su mismo ejercicio del libre albedrío o autonomía de la voluntad, elemento clave del art. 19 de la Constitución Nacional. ii) El tópico de la denuncia penal. Como se anticipó, no surge de la letra del precepto, por lo que la Corte la reputa innecesaria.

Con todo, ello no significa que –como piensa la mayoría– se prescinda de la prueba de la violación, la que, como expone correctamente Argibay, cuanto menos ha de ser “verificada”.

Ahora bien: ¿concluye allí el procedimiento? La cuestión no escapa a susceptibilidades. La mayoría lo reconoce cuando señala “que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de

configuración de ‘casos fabricados’, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos [...] no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud” (consid. 28).

Soler, en su día, se manifestó contrario a este pensamiento de manera contundente. Ya en su proyecto de Código Penal de 1960 (que prevé expresamente la permisión de aborto por violación a mujer capaz e incapaz) estipuló que “la acción correspondiente al delito de violación haya sido iniciada”.

Añade: “su propósito es el de evitar supercherías en la medida de lo posible. Es verdad que la ley ampara la esfera de intimidad al acordar a esa clase de acciones el carácter de dependientes de instancia privada; pero aquí se trata de una real autorización acordada a un médico diplomado, de manera que el problema legislativo a resolver es el de considerar o no como suficiente para que exista dicha facultad la simple manifestación de la interesada hecha un secreto profesional.

Parece claro que, en principio, no debe serlo. Además, la mujer que se decide a tomar tan grave medida no tendrá generalmente inconveniente en denunciar el hecho que tan odioso le resulta, al punto de desear la extirpación de sus rastros”.

Esta tesis se consagró con la sanción del decreto-ley 17.567 de reformas al Código Penal, obra del propio Soler, acompañado por Fontán Balestra y Aguirre Obarrio. El texto, en cuanto aquí interesa, decía así: “si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor de edad o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.

Como es sabido, el inciso citado se reprodujo en la ley 21.338 de 1976 pero al derogarse esta última en 1984 mediante la ley 23.077, las cosas volvieron a su primigenia situación y, con ello, renació la ingente polémica que, mientras no haya una normativa clara que regule el tópico, promete no tener fin. Considero que las razones esgrimidas por Soler y defendidas, más tarde, por Fontán Balestra son de enorme solidez. Repárese, nuevamente, que la situación sub examine no es un “derecho” sino una “permisión”, que actúa como última ratio ante una hipótesis que no admite otro camino que la abdicación de un bien jurídico de la mayor jerarquía para resguardar otro bien análogo.

Un supuesto de esta relevancia no puede ser tomado a la ligera, sin que resulte satisfactorio el argumento de la mayoría de que tal peligro “a estas alturas sólo aparece como hipotético y, podría resultar, eventualmente, un ilícito penal” (consid. 28), más allá de que, en cierto sentido, el propio voto mayoritario no parece reacio a la propuesta si se pondera que,

entre las medidas que aconseja que adopten las autoridades nacionales y provinciales se cita “la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito”.

Por cierto, tampoco es de recibo, como escribe Fontán Balestra, que “se ha sostenido la conveniencia de llevar la previsión al extremo de exigir la condena por el delito enunciado, pues tal exigencia conduciría, en la práctica, a causar abortos sobre embarazos muy avanzados, para el supuesto más favorable de que la condena fuera anterior al nacimiento”. De ahí que parece prudente descartar el propio temor que sugiere el voto mayoritario a través de una cláusula como la de 1967 que sólo exige –y por las razones dadas por Soler– apenas el inicio de la denuncia judicial de la violación.

12. Conclusiones del fallo

Llegados a este punto, esbozaré sintéticamente las principales conclusiones que pueden extraerse de las precedentes consideraciones: Una lectura integral del art. 86, inc. 2º del Código Penal, esto es, comprensiva de su texto y del contexto, permite considerar que éste solamente prevé la autorización del aborto de mujer “idiota o demente”.

Una exégesis sistemática de la Constitución federal y de los tratados internacionales protectores de los derechos humanos incorporados con ese rango luego de la reforma de 1994, revela una clara preocupación por salvaguardar tanto los derechos fundamentales inherentes al nasciturus, cuanto los derechos esenciales de la madre.

La precedente conclusión empalma con la técnica de interpretación de los derechos constitucionales, la que exige garantizar el “contenido esencial” de cada uno de ellos en la mayor medida de lo posible (“caso difícil”) y sólo ante un “severo conflicto de intereses” que impida tal propósito resulta autorizada la cancelación de uno de ellos como “única vía” de salvaguardar el restante (“caso trágico”).

Sobre tales bases, debe propenderse, en línea de principio, al resguardo de todos los derechos comprometidos en las situaciones de referencia, a través de las vías de que dispone el Estado (nacional y provinciales), principiando por las directivas que emanan, de modo especial, del art. 75, inc. 23, 2º párr.; en ese horizonte, quedan autorizadas las causales de interrupción del embarazo que pudieran determinarse, por cuanto, según la Constitución y la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema, los derechos no son absolutos.

Empero, conviene merituar que las restricciones que padecen la totalidad de los bienes jurídicos sustanciales de la persona humana lo son a título de tales, y no de “derechos”; tales autorizaciones, en las sociedades democráticas contemporáneas, son del resorte de los

poderes legislativos y no de los jueces, quienes sólo podrían actuar como excepción y ante la denuncia del eventual incumplimiento de las precisas pautas que prevean tales permisiones, de suyo excepcionales.

Desde esta lógica, resultaría autorizada la exención de punibilidad del aborto procedente de una violación si a mérito de un equipo interdisciplinario especialmente previsto a tal fin no resulten viables las diversas medidas paliativas tendientes a evitar la menor restricción posible a los derechos en juego (“principio de necesidad”) con sustento, y siempre que la acción penal hubiera sido cuanto menos iniciada.

Por último, corresponde derogar el citado art. 86, inc. 2º por cuanto su pervivencia emergería como un deshonoroso testimonio de una legislación eugenésica que está en las antípodas de la histórica tradición constitucional argentina, perfeccionada luego la reforma de 1994.

CAPITULO 5:

EL “PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS CON DERECHO A LA INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO.”

13. Análisis del Protocolo

Teniendo en cuenta lo analizado en el sistema jurídico argentino respecto al derecho a la vida, luego del mencionado fallo FAL, el Ministerio de Salud de la Nación actualiza la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles”, la cual se había intentado poner en vigencia mediante la resolución número 1184/10, pero luego dicha resolución fue dejada sin efecto según informó dicho Ministerio, por lo cual la dejó reducida a una simple guía hospitalaria a los fines de ser distribuida en los hospitales. Luego del fallo FAL se produce una actualización de esa guía hospitalaria por parte del Ministerio en cuestión, la cual se comenzó a denominar “El Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo.”

Finalmente se le dio rango de resolución ministerial 01/2019. En dicha guía hospitalaria actualizada, se introducen cuestiones que son propias del poder legislativo, como las de ampliar la impunidad del aborto y regular derechos de objeción de conciencia. Asimismo deja de llamar al aborto no punible, para llamarlo “derecho a la interrupción del embarazo”, dando a entender que las excusas absolutorias del art. 86 del C.P., mediante la cual se exime de pena

en casos de peligro de vida o salud de la mujer (aborto terapéutico) y en caso violación o atentado al pudor de mujer idiota o demente (aborto eugenésico).

Las excusas absolutorias dejan en claro que el aborto es un delito y que se exime de pena en esas determinadas circunstancias. Por lo tanto es incorrecto llamar al aborto como un derecho y que el protocolo viene a reglamentar un derecho. Las excusas absolutorias, se diferencian de la inimputabilidad, que hay delito y pena pero no hay delincuente, en las causas de justificación hay delincuente y pena, pero no hay delito. En las excusas absolutorias, hay delito y delincuente, pero no hay pena.

Por lo tanto, las excusas absolutorias deben ser determinadas por un juez, ya que sin intervención del mismo, resulta violatorio de derechos constitucionales como el del debido proceso, debido a que se está perdonando anticipadamente la pena a una persona que se le estaría endilgando un delito, condenándola sin juicio previo, pero que se le exime de pena. “Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” reza nuestra Constitución Nacional.

Dice el protocolo “En caso de que un/una profesional de la salud desee ejercer su derecho a la objeción de conciencia, deberá notificar su voluntad por escrito a las autoridades del establecimiento de salud en el que se desempeñe; es decir que sólo podrá ejercerlo cuando se **haya declarado y notificado previamente** a las autoridades pertinentes.” (Pag. 20). De esta forma el protocolo hospitalario emitido por el Ministerio de Salud de la Nación, que no posee resolución ministerial, reglamenta la forma en que deben los médicos ejercer el derecho constitucional de conciencia para que sea válido.

Del mismo modo afirma el protocolo: “En los casos de violación, el único requisito para acceder a una ILE es que la mujer, o cuando fuera necesario su representante legal, realice una declaración jurada donde afirme que el embarazo que cursa es producto de una violación.” (pag. 15). De esta forma amplía la impunidad del aborto (aborto sentimental) a los expuestos en el Código Penal, estableciendo los métodos legales procedimentales para llevarlo a cabo.

De esta forma vemos cómo el Poder Ejecutivo se arroga la facultad de legislar, a través de una guía hospitalaria, leyes de fondo y de forma, como si fuera un órgano legislativo, violando de esta forma la división de poderes y dañando la república.

Un informe producido por el Centro de Bioética Persona y Familia y Prodeci Asociación para la promoción de los derechos civiles (2019) analiza el protocolo y destaca que la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación (1/2019), reconoce como antecedentes ediciones de los años 2007, 2010 y 2015, aunque ninguna de esas versiones estaba avalada

por una Resolución ministerial. Asimismo deja en claro que merece numerosas críticas por violentar derechos fundamentales del ordenamiento jurídico, los cuales se enumeran a continuación para luego proceder a la explicación de los mismos:

1. Tergiversa el Código Penal en la causal “salud”
2. Invoca como fundamento una ley que excluye el aborto
3. Obliga a ofrecer el aborto a toda embarazada
4. Coarta la libertad de los médicos y los responsabiliza por mayores daños
5. Promueve el aborto a simple demanda
6. Promueve el aborto hasta el final del embarazo
7. Limita la objeción de conciencia, discrimina a los trabajadores y restringe su carrera profesional
8. Retacea información para el consentimiento e incumple de la ley de derechos del paciente
9. Manipula los resultados de la ecografía
10. Promueve el aborto a través de medicamentos no autorizados en Argentina
11. Interpreta la causal “violación” del Código Penal contra el principio pro persona
12. Desconoce las disposiciones del Código Civil y Comercial sobre capacidad de las personas menores de edad y responsabilidad parental
13. Impone una premura por abortar
14. Invisibiliza a la persona por nacer
15. Violenta el derecho a la vida
16. Avasalla las facultades provinciales en materia de salud, como también las de los Colegios profesionales.
17. Declama un inexistente “principio de no judicialización”
18. Otros problemas

Tergiversa el Código Penal en la causal “salud”: En todas las menciones a la causal “salud” se omite consignar que el “peligro” para la vida o la salud de la madre no debe poder ser “evitado por otros medios”. Esta segunda frase del Código es decisiva y tiene por finalidad señalar que en estos casos el aborto es último recurso y hay que extremar todos los medios para salvar la vida del niño por nacer y de la madre.

Según el Protocolo bastará con la potencialidad de afectación de la salud para determinar el encuadre como causal de no punibilidad para el aborto. El concepto de peligro no exige la configuración de un daño, sino su posible ocurrencia” (Protocolo Integral para la

atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo p. 16. 2019). Como puede observarse el término salud ha servido de base para ampliar la impunidad del aborto a causales que no estarían incorporadas en las excusas absolutorias del art. 86.

Obliga a ofrecer el aborto a toda embarazada: El Protocolo se empeña en direccionar la conducta del médico para que se limite a proponer y realizar el aborto. Pretende obligar a todo médico que atiende a una mujer embarazada a ofrecer el aborto como una simple elección. De esta manera, no se trata simplemente de regular casos excepcionales de no punibilidad, sino de convertir al aborto en un procedimiento rutinario ofrecido sistemáticamente en la primera entrevista.

El protocolo determina una serie tan amplia de situaciones posibles, que en los hechos siempre se ofrecerá el aborto a las embarazadas. Esta obligación se desprende de todo el protocolo, como cuando afirma que “todo el personal de los efectores de salud... es responsable de garantizar y no obstruir el derecho a interrumpir un embarazo” (p. 10). O en p. 26 cuando dice: “Todas/os los/as profesionales, aunque objeten, están obligados/as a cumplir con el deber de informar sobre el derecho a acceder a una ILE...”. Esto permite inferir que no se trata de una práctica de excepción sino que intenta hacer del aborto una práctica generalizada.

Limita la objeción de conciencia, discrimina a los trabajadores y restringe su carrera profesional: el Protocolo reconoce la objeción de conciencia solo individual y de forma muy restrictiva para las libertades de los médicos. Establece que los profesionales están obligados a informar sobre la existencia del pretendido derecho a abortar (p. 26) y además dispone que “no podrá ejercerse la objeción de conciencia si no existiera un/a profesional disponible para realizar la práctica de forma oportuna, tal y como lo establecen las leyes de derechos del paciente y de ejercicio de la medicina (Ley 26.529, artículo 2.a; Ley 17.132, artículo 19.2)” (p. 26).

El Protocolo también establece que “Tampoco podrá ejercerse objeción en los casos de emergencia, cuando la práctica deba realizarse de forma urgente, pues pondría en riesgo la vida o salud de la paciente” (p. 26). De esta manera los objetores se verán forzados a violentar su conciencia y realizar abortos cuando se presenten tales circunstancias.

Además, no se contempla la objeción de quienes realizan actos que son necesarios para la realización del aborto y podrían estar cooperando con esta práctica contraria a la vida.

En efecto, dice el Protocolo que “puede ser invocada respecto a realizar la práctica concreta del aborto, pero no para las acciones necesarias para garantizar la atención integral, sean previas o posteriores al aborto (por ejemplo: ecografías, toma de tensión arterial, informes médicos o psicológicos, etc.)” (p. 26).

Además, el Protocolo en cuestión resulta violatorio del principio de no discriminación al trabajador, receptado en el artículo 17 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. Al dividir a los trabajadores entre “objetores” y “no objetores” de conciencia en forma previa a la práctica médica, se crea una categoría “sospechosa”, prima facie, de inconstitucionalidad, violatoria de la garantía de igualdad consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna. Ello podría restringir el progreso de sus carreras profesionales y erigirse en una práctica discriminatoria que impida la igualdad de oportunidades de empleo.

Manipula los resultados de la ecografía: en la misma línea de retacear información y direccionar a la mujer para que solo pueda decidir el aborto, el Protocolo dispone sobre la ecografía que: “se deberá explicar a la usuaria su derecho a solicitar no ver las imágenes ni escuchar los sonidos. En caso de realizarse la ecografía, solo se compartirán con la persona la imagen o el sonido de los latidos si ella lo solicita expresamente. Si no lo hace, es de suma importancia tomar los recaudos necesarios para que aquello no suceda. A su vez, si es posible, facilitar distintas áreas donde se puedan evaluar separadas aquellas mujeres que buscan una interrupción de aquellas que reciben cuidados prenatales” (p. 38).

Interpreta la causal “violación” del Código Penal contra el principio pro persona: el Protocolo adopta la interpretación del segundo inciso del art. 86 inciso 2 CP, siguiendo al fallo FAL (CS, 13-3-2012), entiende que esta causal incluye todo caso de violación. Esta causal es inconstitucional por afectar el derecho a la vida de la persona por nacer. Pero sin perjuicio de ello, en caso de duda interpretativa, según los distintos tratados de derechos humanos, debe adoptarse la postura que sea más favorable a la persona.

Igualmente, el Protocolo dispone que en los casos de violación contra niñas menores de edad “debe realizarse la comunicación de la situación de abuso o violación a los organismos de protección de derechos de cada jurisdicción (art. 9, ley 26.061)” (p. 18). En consecuencia, queda en evidencia que ya no es aplicable lo que recomienda la Corte Suprema en el caso FAL sobre la posibilidad de prescindir de la denuncia policial, ya que se trata de un delito de acción pública (art. 72 Código Penal, según ley 27455 del 2018).

Desconoce las disposiciones del Código Civil y Comercial sobre capacidad de las personas menores de edad y responsabilidad parental: Respecto de las menores de 13 años, el Protocolo afirma: “Todas las niñas, es decir menores de 13 años, podrán brindar su consentimiento con el acompañamiento de sus progenitores, representantes legales, personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas “allegadas” o referentes afectivos.

Estos deberán participar en conjunto con la niña en la toma de decisiones y deberán firmar ratificando el consentimiento informado de la niña. El principio de autonomía progresiva debe guiar el accionar del equipo de salud y de las/os adultas/os que la acompañan” (p. 21). Cabe destacar que el Código Civil y Comercial no habilita a otras personas distintas a los padres para intervenir en la toma de decisiones sobre la salud de las niñas. Por otra parte, las figuras de “personas allegadas” y “referentes afectivos”, además de su notoria ambigüedad y falta de precisión, carecen de todo significado para nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto a las niñas entre 13 y 16 años, el Protocolo pretende facultarlas para decidir por sí mismas invocando una resolución ministerial, cuando en realidad el aborto es un procedimiento invasivo y en tal supuesto el Código Civil y Comercial exige que la decisión sea tomada por la persona menor de edad y también por sus progenitores. Nuevamente en este punto el Protocolo altera las disposiciones del Código Civil, que tienen rango legal (y han de prevalecer, por tanto, sobre una mera resolución ministerial), y pretende legitimar “personas que ejerzan formal o informalmente roles de cuidado, personas “allegadas” o referentes afectivos” (p. 20).

Igualmente, el Protocolo violenta el Código Civil y Comercial cuando afirma que “Si existiera una negativa de progenitores, tutores o encargados de acompañar la decisión de la niña, podrá ser acompañada para brindar su consentimiento por otro/a referente afectivo” (p. 21). Este texto desconoce lo dispuesto por el art. 26 CCC en tanto establece que el conflicto entre la niña y sus padres “se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico” (art. 26 CCC).

Invisibiliza a la persona por nacer: a pesar de que según el Código Civil y Comercial la existencia de la persona comienza con la concepción (art. 19 CCC), el Protocolo se ocupa especialmente de evitar nombrar a la persona por nacer. Así, se usan eufemismos

como “evacuación uterina” (p. 41, 44, 51, 52, 56, 58), “contenido uterino” (p. 51 y 55) u otros para designar al bebé.

En última instancia, el Protocolo pretende convertir en derecho lo que sigue siendo un caso de no punibilidad previsto en el Código Penal. Cuando el Código Penal señala que la conducta “no es punible” está indicando que por política criminal se considera que ese hecho sigue siendo un delito y por tanto un acto disvalioso, pero se renuncia a su persecución penal. Esta transformación de los casos de no punibilidad en supuestos derechos tiene como antecedente el fallo FAL de la Corte Suprema. Al respecto, además de las críticas que ha merecido ese fallo por afectar directamente el derecho a la vida, hay que señalar que toda sentencia judicial tiene un efecto vinculante en el caso concreto y no puede sustituir al legislador. Justamente, sorprende la premura en aprobar el protocolo luego de que hubiera un debate en el Congreso que culminó con el rechazo de un proyecto de ley de legalización del aborto el 8 de agosto de 2018.

14. La inseguridad Jurídica como consecuencias de la aplicación del Protocolo

Recientemente en la ciudad de Cipolletti, el médico Leandro Rodríguez Lastra, a quien se lo acusó de “no haber provisto una prestación médico profesional en el **marco legal aludido a la que estaba obligado por no resultar refractario en su práctica.**”

El médico fue condenado por incumplimiento de deberes de funcionario público por incumplir la ley provincial de Río Negro 4796 que adhiere a la resolución ministerial 1184/10 del Ministerio de Salud de la Nación analizada precedentemente, que intentó darle fuerza de resolución ministerial a la guía de aborto no punible.

Es decir una ley provincial que adhiere a una resolución ministerial que no existe y que dejó a la guía de aborto el carácter de simple guía hospitalaria, pero como vimos reglamenta derechos de objeción de conciencia y amplía la impunidad del aborto, como si fuera un órgano legislativo y que en éste caso sirvió de fuente de derecho para condenar a un médico.

15. Consideraciones finales sobre lo estudiado

Excusas absolutorias en el delito de aborto

Las excusas absolutorias previstas en el art. 86 del Código Penal, que se intenta reglamentar y ampliar en los protocolos de aborto, fueron incorporadas al mencionado

ordenamiento punitivo, a propuesta de la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación, formulada en el informe expedido el 26 de septiembre de 1919.

En dicho informe, la Comisión fundó su propuesta en doctrinas eugenésicas y racistas que se encontraban en boga, sin advertir sus adherentes que las mismas conducirían y servirían de sustento al régimen nacional socialista instaurado en Alemania a partir de 1933.

Al auspiciar la no punibilidad de la interrupción provocada de la gestación practicada en una mujer “idiota o demente” que hubiera sido violada, la Comisión expresó que “era la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada..., nazca un ser anormal o degenerado”.

Argumentó seguidamente sobre “el interés de la raza”, y se preguntó, citando doctrina española, “¿qué puede resultar de bueno de una mujer cretina o demente?”. En definitiva, la Comisión consideró que “es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”.

INFORME DE COMISION DEL SENADO 1919/1921

un incesto. Si la víctima es idiota o demente, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto."

Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito.

La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de Derecho penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto de Código Penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda Comisión de peritos.

"Es la primera vez — agrega — que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugénico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo, apunta ya que en el caso de incesto "se podrían añadir consideraciones de orden étnico", y que cuando "el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia", podría argüirse, "más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?" (Jiménez de Asúa, "La política criminal en los Estados Unidos").

o la de sus comentarios de lo moral con el fin da únicamente

En carta dirigida del Valle Iberlamiento de esta nifiesta que, d notas de referen yecto en revisi lencia física, de extorsión. Pero 168 las palab "entregar", ant

Aparentemen cia física, y qu trega de la co

Por esto la c ma: "Será rep años, el que c autoridad públ depositar o por ro, cosas, dine tos jurídicos."

La comisión por el doctor revisión, y aco colocale con es las palabras: "

demente o cretina?" (Jiménez de Asúa, "La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas," pág. 206).

El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia el año 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales.

Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugénica en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delinquentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sintiéndose por esa medida, según dijera van Hamel, una "repugnancia afectiva", es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha planteado en Euro durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales.

las palabras: "por blica", después de cía a la Nación" el mismo ex senador dicación, acepta i se cambie el orden "para cambiar la poner alguno de Nacional".

En el artículo : bras "desde el 10. por otras, para in gir el nuevo Códig sea "a los seis me

Disidencia de

Estas son las H. Cámara de I seja y cuyos func te informe. Pero nifestar al H. S una disidencia, r La planteó el s Valle Iberlucea, los artículos §7.1

Al fundar su hacen el Código glaterra y los E

Con esos argumentos racistas, que pocos años después contribuyeron al establecimiento de un régimen demencial que empujó al mundo a la segunda guerra mundial, y que no vaciló en inmolar a minusválidos, judíos y gitanos, como así también a todos los que se opusieron a sus designios totalitarios, se introdujeron en el Código Penal las excusas absolutorias que ahora se intenta ampliar en el Congreso de la Nación.

Esas causales de no punibilidad, con prescindencia de la jerarquía normativa establecida por el art. 31 de la Constitución Nacional, y de los límites que no pueden vulnerar las autoridades locales, han servido de pretexto para la liberación del aborto en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad de Buenos Aires, mediante simples resoluciones ministeriales, y en la Ciudad de Rosario, por ordenanza municipal.

Las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal resultan manifiestamente inconstitucionales ante textos explícitos que amparan de modo irrestricto a la persona por nacer desde el instante de su concepción. Por eso, en un fallo reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la

Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323: 1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional” (C.S.J.N. “Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, dictamen de la Procuración General del 28/02/2006 y votos de los Ministros Highthon de Nolasco y Eugenio Zaffaroni).

De esa normativa con jerarquía constitucional debemos destacar algunos preceptos que ponen de manifiesto la inconstitucionalidad del proyecto sobre “abortos no punibles”:

La ley 23.849, cuyo art. 2º, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, declaró que el art. 1º de ese instrumento internacional “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Con esta reserva, “en las condiciones de su vigencia”, la Convención adquirió jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), que fueron descriptas precedentemente, el artículo 3 de dicha Convención que textualmente expresa: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El art. 6 de la misma Convención que textualmente expresa:

1. “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional atribuye al Congreso la facultad de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

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

Pensamos que estas normas, que podrían ser ampliadas con otras también de nivel constitucional, son suficientes para enmarcar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 75 inc. 23 de la Constitución con relación a los derechos a la vida y a la salud de la persona por nacer.

A partir de tales normas, queda constitucionalmente desautorizada la pretensión de considerar a la persona antes de su nacimiento como *pars viscerum matris*, es decir, como una

simple víscera u órgano de la madre, equiparable a los riñones, el estómago o la vesícula. Así como estas partes del cuerpo humano no son sujetos de derecho, tampoco lo sería la persona humana en la etapa más temprana de su vida si fuera sólo una parte del organismo materno.

Porque, en definitiva, como acertadamente lo señala Abelardo Rossi, el núcleo del problema radica en determinar si el embrión o feto en el seno materno, e incluso el concebido en forma extracorpórea, es o no persona humana.

La respuesta afirmativa ya la había dado el Código Civil desde los comienzos de su vigencia. Pero ahora la dan en forma enfática las normas citadas, todas de jerarquía constitucional.

A la luz de los criterios fijados en ellas, no puede controvertirse hoy, en términos jurídicos, que el derecho a la vida se extiende desde la concepción hasta la muerte natural. Cualquier discriminación que se intente, como las incorporadas al proyecto sobre “abortos no punibles” y a los ordenamientos dictados mediante resoluciones ministeriales provinciales o del Gobierno Autónomo de Buenos Aires, o municipales, fundadas en la edad de la persona por nacer, resultará violatoria de los preceptos de jerarquía constitucional que hemos transcrito y de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Ley Fundamental.

Las normas de cualquier nivel que se sancionen por el Congreso, las legislaturas y los consejos municipales, y que autoricen la muerte provocada de modo directo de una persona inocente, carecen de validez constitucional, resultando irrelevante que los afectados tengan una semana o tres meses de gestación, un año u ochenta años de vida. Todos tienen el mismo derecho a la vida.

A lo expuesto cabe agregar que la Guía Hospitalaria emitida por el Ministerio de Salud de la Nación sobre “abortos no punibles” empeora el texto del art. 86 del Código Penal por varias razones:

1º) Transforma las primitivas excusas absolutorias en un supuesto “derecho a la interrupción del embarazo”, eufemismo que encubre la discrecional atribución de provocar la muerte de modo directo de un niño concebido, acentuando así la incompatibilidad del proyecto con las normas constitucionales que amparan la vida inocente.

2º) Al referirse al peligro para la vida o la salud de la madre, prescinde de que en el texto que se dice reglamentar se fijaba como requisito que tal peligro no pudiera ser evitado por otros medios. El proyecto no toma en cuenta que el avance de la medicina ofrece amplísimas posibilidades que permiten preservar la vida tanto de la madre como del niño, tal como lo ha señalado la Academia Nacional de Medicina en su “Declaración sobre el aborto provocado”, aprobada el 28 de junio de 1994.

Esa es la obligación del médico y en ningún caso puede sostenerse, como indicación terapéutica, que deba matarse al niño o a la madre en forma directa. El médico debe procurar, con los medios a su alcance, salvar la vida de ambos. Por otra parte, las estadísticas del Ministerio de Salud indican que desde hace varias décadas la mortalidad materna por abortos se encuentra en franco descenso.

3°) Extiende la impunidad a todos los casos en que el embarazo se haya producido por una supuesta violación. Se hace pagar así al niño la falta de su padre, configurándose de esta forma una segunda iniquidad que agrava las consecuencias de la violación.

4°) Extiende también la impunidad a los casos en que “la mujer esté embarazada de un feto inviable”. Esta disposición tiene reminiscencias del Plan T. 4 establecido por el régimen nacional socialista para la eliminación obligatoria de niños minusválidos.

5°) Amplía el ámbito del “aborto terapéutico” al campo de la “salud psíquica”, eufemismo a través del cual se generalizó la despenalización del aborto en el continente europeo, sobre todo en España, considerada hoy la meca del “aborto turístico”, es decir, practicado en mujeres no residentes.

6°) No le provee al niño no nacido de una representación que pueda ser oída en defensa de su derecho a nacer y a vivir, contrariándose así las normas de la ley 26.061 que reglamentó la convención sobre Derechos del Niño.

7°) Reglamenta el derecho a objeción de conciencia imponiendo a los objetores a registrarse previamente. La objeción de conciencia constituye un derecho que ninguna ley puede desconocer ni soslayar. Porque ese derecho consiste, precisamente, en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas. En otras palabras, estamos frente al derecho a negarse a observar determinadas conductas cuando ellas violentan la propia conciencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al reconocer en Fallos: 312: 496 la objeción de conciencia, como derecho de jerarquía constitucional, ha precisado que es nuestra propia Ley Fundamental “la que reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir” (considerando 16 “in fine”).

El alto tribunal, al reconocer la objeción de conciencia, que resulta aplicable a diversos campos, entre ellos al de los temas bioéticos, actuó con extremo cuidado exegético, porque como lo destaca en el considerando 15 “la disyuntiva de seguir los dictados de las creencias y de la conciencia o renunciar a éstos y obrar en su contra, es cosa grave”.

Agreguemos que el derecho a la objeción de conciencia –que obviamente asiste a los profesionales médicos y también a las autoridades de los establecimientos a las que se pretende obligar que actúen contra los dictados de su propia conciencia-, deriva de modo directo de los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales que amparan la libertad de conciencia. Más precisamente los arts. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todos estos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22. C.N.).

No resulta menor dejar de mencionar que existe un proyecto de reforma del Código Penal en el cual se reforma el artículo 86 relativo al delito de aborto, en el cual se intenta despenalizar el aborto sentimental de acuerdo a la interpretación del fallo FAL expuestas precedentemente.

De acuerdo a lo expuesto hasta aquí se puede entender que un avance acorde a la legislación argentina hubiera sido suprimir el segundo párrafo del artículo donde se encontraba la excusa absolutoria eugenésica, por resultar inconstitucional a todas luces. Sin incurrir en interpretaciones sin sustento alguno como las que realizó la Corte Suprema en el fallo precitado, para justificar el aborto sentimental.

16. Conclusiones finales:

En virtud a todo lo expuesto precedentemente, resulta evidente que en Argentina el aborto siempre es un delito y debido a que se ha rechazado el proyecto que intentó legalizarlo, se realizan guías hospitalarias desde el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud de la Nación, estableciendo normativas de carácter legislativo cada vez más permisivas en cada una de sus actualizaciones, a fin de barrer los obstáculos legislativos que no permiten llevar a cabo las practicas de aborto, no sólo las practicas que resultan eximidas de punibilidad mencionadas en el art 86 inc 2 del CP como analizamos, sino aquellas que fueron producto de una errónea interpretación de la CSJN como analizamos, ampliando para ello el aborto sentimental y de todo tiempo de riesgo de salud.

Asimismo a través de la mencionada Guía Hopsitalaria, se amplía el aborto a aquellos casos que el Máximo Tribuanl llamó “Casos Fabricados”, que pueden darse fácilmente por la alteración de normas procesales que el fallo estipuló para éstos casos.

Tal como afirmé en el capítulo del fallo FAL, las restricciones que padecen la totalidad de los bienes jurídicos lo son a título de tales, y no de “derechos”; tales autorizaciones en una

sociedad democrática, son del resorte de los poderes legislativos, no de los jueces, ni mucho menos del Poder Ejecutivo.

Una exégesis sistemática de la Constitución Nacional, las Provinciales, de los tratados internacionales protectorios de los derechos humanos incorporados con ese rango luego de la reforma de 1994, revela una clara preocupación por salvaguardar tanto los derechos fundamentales inherentes al nasciturus, cuanto los derechos esenciales de la madre. La gran cantidad de jurisprudencia que he citado respecto al derecho a la vida, también revela la preocupación en el ámbito judicial por salvaguardar los derechos fundamentales del nasciturus.

El fallo F.A.L. ignora completamente al nasciturus y sólo se toma en consideración los “derechos” de la madre en el periodo de gestación producto de una violación. Motivo por el cual no puede arribarse a una solución justa si se quiere, cuando desde el Poder Ejecutivo intenta darle operatividad a este último fallo de la Corte Suprema, emitiendo las guías hospitalarias estudiadas, ignorando por completo la doctrina, la jurisprudencia y los argumentos de los legisladores de la Comisión reformadora del Código Penal de 1921 al incorporar el art 26 inc 2.

Respecto a la seguridad jurídica se puede determinar que hay una injerencia del Poder Ejecutivo en el ámbito del Poder Legislativo al emitir dicha Guía Hospitalaria donde se estipulan normativas de carácter legislativas para darle operatividad a un fallo de la Corte Suprema. De este modo se le está otorgando al Ministerio de Salud de la Nación facultades legislativas que le están vedadas.

Cabe destacar que la vigencia de dicha Guía Hospitalaria profundiza aún más la inseguridad jurídica, ya que a través de las diferentes actualizaciones que se vayan produciendo, habiendo sido aceptadas las normativas impuestas en las anteriores, las siguientes pueden ir modificando, restringiendo y ampliando derechos y obligaciones. Tal es el ejemplo de la última actualización, mediante una resolución que actualiza el Protocolo, e impone una nueva normativa, mediante la cual estipula prescindir de autorización de padres o tutores a menores de 13 a 16 años para acceder al aborto.

Ahora bien, por todo lo analizado hasta ahora, resulta loable concluir que, tanto el art 86 inc 2 por cuanto su vigencia no tiene lugar en nuestra legislación, ya que es un deshonoroso testimonio de una legislación eugenésica que está en las antípodas de la histórica tradición constitucional argentina, como así también corresponde sacar de circulación la guía hospitalaria denominada “**Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo**”, ya que la misma resulta a todas luces contraria a

derecho y su vigencia conlleva a un peligro para la seguridad jurídica propia de un estado de democrático de derecho.

Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales

- Los tratados internacionales de derechos humanos, específicamente los incorporados en el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional.
- Corpus Iuris Civilis - recopilación del emperador Justiniano.
- Teoría Pura del Derecho - Hans Kelsen
- El espíritu de las leyes - Montesquíu
- Fallo Artavia Murillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Fallo F.A.L. Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Fallo Portal de Belén C/Ministerio de Salud y Acción Social
- Rabinovich, Ricardo D. S/Amparo

Bibliografía

- 1, C. N. (3 de 12 de 1999). *Rabinovich, Ricardo D. S/Amparo*. Obtenido de <http://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/10>
- Amparán, A. C. (2002). *Sociología de la identidad*. Mexico: Miguel Angel Porrúa.
- Bidart Campos, G. (1995). *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires.
- Canosa, A. N. (s.f.). *Derecho Constitucional y Salud*. Obtenido de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-constitucional-y-salud>
- Comercial, C. d.-S. (14 de 09 de 2015). *S/ Medida Cautelar Alimentos Provisorios*.
- CSJN. (05 de 03 de 2002). *Portal de Belen - Asociacion Civil sin fines de lucro C/Ministerio de Salud y Accion*. Obtenido de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?>
- CSJN. (s.f.). Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros c/ s/solicitan audiencia pública en los autos: F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente F-259/2010-REX. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/buscar.html>.
- Debates de la Convención Nacional Constituyente, 1994 p. 1612
- garcía del corral, L. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Barcelona.
- Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- Renato Rabi – Baldi Cabanillas, *El Aborto no Punible en Argentina*. <https://www.eugin.es/fecundacion-in-vitro/>. (s.f.). Obtenido de <https://www.eugin.es/fecundacion-in-vitro/>
- Kelsen, H. (1974). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Laclau, E. y. (1987). *democracia., Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la*. Madrid: Siglo XXI.
- Meynaud, J. (1972). *Los grupos de presión*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Montesquíu, C. (2004). *Del espíritu de las Leyes*. Buenos Aires: Ediciones Libertador.

- Núñez Ricardo. (2009) Manual de Derecho Penal: Parte General
- Portelli, H. (1997). *Gramsci y el bloque histórico*. Madrid: Siglo veintiuno editores.
- Rodríguez Iturbe, J. B. (2011). Praxis política y praxis jurídica. La ideologización del derecho y la justicia. *Dikaion vol 20 num 1*, 11-47.
- Schitt, C. (2006). *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Struhart & Cia.
- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1970
- Soria, Eduardo R., “El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)
- Stucka, P. (1974). *La función revolucionaria del derecho y del estado*. Barcelona: Ediciones Península.