

## PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS QUE SE ASIENTA LA PENALIZACION DEL ABORTO

---

*La protección del derecho a la vida del niño por nacer* es el principal fundamento de la penalización del aborto en Argentina.

Las excepciones que consagra el Código Penal se asientan sobre *razones éticas*, al establecer como condición que la mujer resulte embarazada como consecuencia de una violación, y *razones eugenésicas*, cuando existe peligro para la vida o la salud de la madre o cuando hay una probabilidad de que el niño nazca con graves malformaciones físicas o psíquicas. También toma en cuenta *razones de seguridad* cuando se requiere que sea practicado por un medico diplomado.

La ley ha reconocido que la vida, y el consecuente derecho a vivir, comienzan en el momento de la concepción. De modo que, *“a partir de la fecundación del óvulo, existe un ser humano que merece la protección de la ley y especialmente de su derecho a la vida”* (Rodríguez Varela, 1996; Mc Lean, 1994; Jean Rostand 1980), tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades (Fallos 302:1284; 310:112; 323:1339; 324:5; 325:292).

Así en el año 2002, la Corte Suprema en el caso *Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*, falló a favor de la asociación civil Portal de Belén, que había denunciado al Ministerio de Salud de la Nación por autorizar el uso del fármaco Inmediat, el cual impide la implantación del blastocito.

En el texto del fallo se afirma que *“el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario”*. (Confr. Basso, Domingo M. *“Nacer y Morir con Dignidad”* Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84).

Esto surge de los compromisos internacionales asumidos por Argentina. Es decir que tal conclusión reviste jerarquía constitucional. Como lo dispone el art. 4º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica. 1969 Pacto de San José), *que el derecho a la vida está protegido a partir del momento de la concepción*. (Capítulo II – Derechos Civiles y Políticos. Derecho a la Vida).

También se desprende implícitamente del art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional que establece un régimen de seguridad social completo y específico para la protección de la niñez en situación de desamparo que se proyecta desde el embarazo. Esta referencia al embarazo significaría el reconocimiento del derecho a la vida antes del nacimiento de las personas.

Estas conclusiones concuerdan con la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Ley N° 23.849 e incorporada al art. 75, inc. 22, de la Constitución.

La misma reconoce a todo niño el derecho intrínseco a la vida (art. 6.1), pero no determina expresamente el momento en que comienza esta última.

Sin embargo, y por imposición de la Ley N° 23.849 se aclaró que, al ratificarse la Convención, se debía formular la siguiente reserva: *“Con relación al art. 1 de la Convención sobre 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”*.

## ***EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN. REGULACIÓN JURÍDICA.***

### **1. Constitución Nacional argentina. (CNA)**

Históricamente, la propia tradición jurídica nacional, ha considerado que todos los habitantes del suelo argentino tenían igual derecho a la vida, sin discriminación alguna. El derecho a la vida fue siempre un núcleo firme, un principio innegociable del ordenamiento jurídico argentino en sus diversas ramas.

Tan inherente a nuestra cultura ha sido el derecho a la vida, que fue consagrado en nuestra Constitución. Hoy, sin embargo, el mismo es motivo de discordia social.

La tutela del derecho a la vida es tan absoluta que como ya se mencionó, constituye el eje central de nuestro ordenamiento jurídico. Está protegido en las normas básicas y fundamentales de nuestra Constitución, por lo que hacen a nuestra identidad y esta tutela se ha reforzado en la Reforma Constitucional de 1994 y en la suscripción de numerosos Tratados y Declaraciones internacionales que se han constitucionalizado. (ABORTO de María Emilia De Laurentis el 17 de Octubre de 2012. Recuperado de: [https://prezi.com/yi309dy2t\\_tw/aborto/](https://prezi.com/yi309dy2t_tw/aborto/)).

La Jurisprudencia de la CSJN, al respecto ha sostenido que es el *“primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”* (Fallos: 302:1284 y 310:112).

A continuación se detallan los artículos de la Constitución Nacional que hacen referencia a la mentada protección del derecho a la vida.

#### **1.1-Artículo 14 bis CNA**

Si bien *a priori* no parecería estar relacionado este artículo con el tema en cuestión, es importante resaltar que el mismo encomienda al Estado la reglamentación de una ley para la *protección integral de la familia*, (Artículo 14 bis CNA. 2012) lo que no es menor, ya que al

hablar de aborto estamos hablando de impedir el desarrollo y posterior nacimiento de un hijo, y considerando su estado de indefensión, es decir su imposibilidad para hacer valer sus derechos resulta imprescindible una protección especial.

Es éste entonces un deber del Estado conferido constitucionalmente, el de garantizar el ejercicio de todos los derechos al niño por nacer, sobre todo si se toma en consideración que en el aborto entran en juego siempre los derechos de un hijo, y que este ocupa una posición especial, sumamente importante dentro de la familia.

Según el análisis de este artículo resultaría inconstitucional sancionar una ley que despenalice el aborto ya que, salvo ciertas excepciones ya consagradas en el Código Penal, permitirlo significaría atentar, no solo contra la vida de una persona sino también contra este instituto imprescindible para la comunidad, como lo es la familia, ya que esta constituye la base a partir de la cual se construye y subsiste una sociedad.

Esto no impide que puedan existir casos particulares que merezcan ser exceptuados y que no estén incluidos dentro de las permisiones que hace el código penal, como sería el caso de un embarazo resultado de una violación a una mujer no demente ni idiota, cuestión que será tratada luego.

## **1.2. Artículo 16 CNA**

Este artículo garantiza la igualdad de todos los habitantes de la Nación argentina ante la ley, (Artículo 16 CNA. 2012), es decir que si bien es cierto que se ha desconocido muchas veces el carácter de persona al embrión humano, resulta éste merecedor de los mismos derechos que cualquier individuo, ya que este tema ha sido muy debatido pero aclarado no solo a nivel nacional sino también mundial.

Al respecto el Dr. Ángel Serra (1998) en su libro *“Por un análisis integral del estatuto del embrión humano”* explica:

... que el embrión desde su primer instante de vida, lo cual en embriología se denomina “cigoto” es un ser vivo, distinto de su madre, perteneciente a la especie humana. “El nuevo ser, producto de la fusión de los gametos masculinos y femeninos, no es una simple suma de los códigos

genéticos de los padres, se trata de una nueva persona, que no existía hasta entonces, ni se repetirá jamás” aclara el genetista. El cigoto por lo tanto supone el inicio de un nuevo ciclo vital es decir de un nuevo ser humano, esto es un dato irrefutable desde el punto de vista científico. (El embrión humano es una persona, 2010. Bioética de hoy; recuperado de <http://www.bioeticahoy.com.es/2010/11/el-embrión-humano-es-una-persona.html>).

En general, en la legislación argentina la existencia de la persona humana comienza desde el inicio de la concepción, con lo cual se puede inferir que la persona por nacer, desde ese momento goza de todos los derechos reconocidos por la ley, al igual que cualquier habitante de la Nación, sin ningún tipo de discriminación.

### **1.3- Artículo 33 CNA**

El primero y fundamental de los derechos del hombre, el derecho a la vida, se ha constitucionalizado en el Estado Argentino en forma implícita en este artículo, ya que si bien no aparecía expresamente en la Constitución Nacional, está y estaba presupuesto en esta "cláusula residual", al establecer que *las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno* (Artículo 33 CNA 2012) y esto es así, ya que sin vida humana no se puede ejercer ningún derecho.

En la actualidad, la defensa de la vida del niño por nacer, desde el momento mismo de la concepción y hasta su nacimiento ha quedado explícitamente garantizado a partir de la reforma del año 1994, en el artículo 75 inciso 23 el cual será analizado oportunamente.

### **1.4- Artículo 43 CNA**

Según lo establecido por este artículo se podría interponer *acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*, (art. 43 CNA. 2012) solicitando la declaración de inconstitucionalidad, en el caso hipotético en que se sancionara una ley que despenalice el aborto, ya que no sólo la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), los Tratados

Internacionales en materia de Derechos Humanos, sino también nuestro Código Civil establece claramente que *“la existencia de la persona humana comienza con la concepción”*.(Art 19, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación 2015. Pág. 49). Es decir que con tal acto se estaría amenazando y lesionando el derecho a la vida.

### **1.5- Artículo 75 CNA**

Este artículo enuncia las atribuciones de Congreso de la Nación. Seguidamente se analizan los incisos relacionados con el tema en cuestión.

#### **1.5.1. Inciso 19:**

Encomienda entre otras, la tarea de *proveer lo conducente al desarrollo humano* (Artículo 75 inc. 19 CNA. Pág. 11) y como se ha demostrado, el aborto, salvo ciertas excepciones que serán estudiadas en su respectivo capítulo, atentan contra dicho desarrollo. La ilegitimidad del aborto provocado se fundamentó siempre en un rechazo generalizado a la posibilidad de atentar contra la vida de los seres humanos indefensos, o lo que es peor contra la vida de los propios hijos. La supresión del derecho a la vida implicaría la eliminación de todos los demás derechos, ya que aquel es el presupuesto de todos los demás.

#### **1.5.2. Inciso 22:**

Por su parte, este inciso otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales *en las condiciones de su vigencia*, establece también que estos *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos* (Artículo 75 inc. 22 CNA. Pág. 20).

Dichos tratados reconocen la personalidad del ser humano desde la concepción, así ha quedado sentado tanto en la Ley N° 23.849 de la Convención de los Derechos del Niño, como los

artículos 1 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 6 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los mismos serán estudiados más adelante.

Como consecuencia, todo ser humano tiene derecho a que se le respete y garantice su derecho de vivir, que para el caso del *nasciturus* se traduce en su derecho de nacer. Como ya se analizó, éste es un derecho reconocido explícitamente en los Tratados mencionados *ut supra*, por lo tanto un derecho constitucional.

La aprobación del aborto implicaría una grave falencia a los compromisos internacionales asumidos, y un debilitamiento de la juridicidad de todo el orden jurídico nacional.

Bien como lo explico el Dr. Gregorio Badeni (2006) nuestro régimen jurídico no autoriza el aborto y quien esté en desacuerdo con tal normativa, debería denunciar las convenciones Americana sobre Derechos Humanos y Derechos del Niño y propiciar la reforma constitucional modificando el alcance de este artículo, así como también la esencia personalista de la Ley Fundamental. Pero, mientras ello no acontezca, y tal como ocurre en un Estado de Derecho, la ley nos impone el deber de defender el derecho a vivir del niño desde que comienza su existencia, o sea desde la concepción.

### **1.5.3. Inciso 23:**

Nuevamente a nivel constitucional, este artículo reconoce la personalidad del niño por nacer, al encomendar al Congreso el dictado de un régimen de protección del niño en situación de desamparo, durante toda la extensión del embarazo. (Artículo 75 inc. 23 CNA. Pág. 19)

Como puede observarse cada artículo de la Carta Magna aquí estudiado, no hace más que reafirmar el derecho a la vida del *nasciturus*.

El jurista y ex integrante de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Rodolfo Barra (1996), en su obra *La protección Constitucional del Derecho a la Vida*, sostiene que de esta manera, en nuestra Constitución y a través de los tratados constitucionales, la protección del derecho a la

vida (*a partir de su momento inicial, la concepción del embrión humano*) alcanza un grado total de fortaleza, que en complementación con lo dispuesto en la segunda parte del art. 75 inc. 23 del texto constitucional (*que, si bien destinado a otra finalidad, tiene una enorme trascendencia interpretativa a los efectos que aquí interesan*) nos coloca entre las naciones más avanzadas en esta materia tan sensible y crucial para la defensa integral de los derechos humanos.

## **2. Tratados Internacionales**

Argentina ha ratificado numerosos tratados internacionales los cuales adquirieron jerarquía constitucional con la reforma constitucional de 1994.

Tanto la Constitución Argentina como aquellos tratados internacionales con rango constitucional son la base de la legalidad en el país, ya que ninguna sentencia judicial, cuya última instancia es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede violar ninguno de los principios que ellos establecen.

A continuación se enuncia el conjunto de tratados que brindan protección al derecho a la vida desde la concepción:

### **2.1- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.**

Fue aprobada en 1948 en la novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia. Es un tratado regional de Derechos humanos y su contenido es similar al de la Declaración Universal de Derechos Humanos, difiere en que además de los derechos enumera una serie de deberes del hombre.

Como sucede con todas las declaraciones, ésta no requirió de ley de aprobación ni de acto de ratificación del Poder Ejecutivo a nivel nacional, ya que las declaraciones no son documentos vinculantes, sino consensos de la comunidad internacional sobre un tema.



Históricamente, fue éste el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos. La misma en su 1º artículo establece que *“todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*.

## **2.2- Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

Fue aprobada el 10 de diciembre de 1948. La Declaración comienza con un Preámbulo en el que se reconoce que la dignidad y los derechos iguales e inalienables de todos los hombres son la base de la libertad, la justicia y la paz y que por eso es necesario protegerlos por un régimen de derecho.

Al igual que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre también consagra en su artículo 1º que *“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*.

## **2.3- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).**

Fue suscripto en Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Nuestro país lo ratificó en 1986 por medio de la Ley N° 23.313.

Establece un Comité de Derechos Humanos que estudia los informes presentados por los Estados parte sobre las medidas tomadas para volver efectivos los derechos enumerados en él.

Respecto al tema en cuestión, el Pacto contiene el siguiente artículo:

### **Artículo 6**

**Inciso 1.** El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. (...)

**Inciso 5.** No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. (...)

#### **2.4- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica, 1969).**

Firmada luego de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978. La misma es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Fue ratificada por Argentina e incorporada a través de la ley N° 23.054.

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

En su artículo 4° se consagra el Derecho a la Vida y el mismo reza:

*“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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”*

#### **2.5- Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 1989).**

En el año 1990 en Argentina se sancionó la Ley N° 23.849, a través de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989. En la misma se declara que los niños gozan de los mismos derechos que los adultos, y se subrayan aquellos derechos que derivan de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de una protección especial.

El artículo 1° de dicha Convención establece que *“para todos los efectos de la misma, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

Al respecto la República Argentina, declara que dicho artículo 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.

Los Estados parte se comprometen a adecuar su marco normativo a los principios establecidos por esta Convención y a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos.

### **3- Código Civil y Comercial de la Nación.**

Tanto la Constitución Nacional como los Tratados Internacionales antes mencionados, reconocen a toda persona el derecho a la vida, de eso no cabe duda alguna. El tema que ha generado mucho debate es determinar si el niño por nacer es considerado persona. Aunque a nivel legislativo el comienzo de la existencia de la persona es una cuestión que no debería plantear dudas pues el Código Civil trata la cuestión de la persona física y el comienzo de su existencia de manera concluyente. En efecto, el artículo 19 establece que *“la existencia de la persona comienza con la concepción”*.

Por su parte el artículo 24 perteneciente al capítulo de Capacidad, lo reconoce implícitamente ya que enumera las *“personas”* incapaces de ejercicio, y entre ellas se encuentra *“la persona por nacer, la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y la persona declarada incapaz por sentencia judicial”*. Es decir que les asigna la calidad de persona a los efectos de este código.

También es importante resaltar que la Jurisprudencia, se ha pronunciado a favor de este reconocimiento diciendo *“que en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde la concepción, momento a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”*. (Cámara Nacional Civil Sala I, Diciembre 3 de 1999. Rabinovich Ricardo LL 2001 C 824)

A todo lo expuesto hay que sumarle que desde 2005, rige la *Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, la cual en su artículo 8 reconoce expresamente *el derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida*