

## **EL DIA QUE ABORTARON EL ABORTO**

*A dos meses del rechazo del proyecto de ley sobre interrupción voluntaria del embarazo, el debate que quedó en el Senado.*

**Por Jorge Benavídez.**

### **INTRODUCCION**

En la madrugada del 9 de agosto de 2018, en el Congreso de la Nación concluyó uno de los debates más dramáticos de su historia, cuando el Senado decidió por 38 a 31 votos rechazar el proyecto de LEY DE INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (LIVE), el cual legalizaba la práctica del aborto hasta la semana catorce de gestación.

Pero más allá del hecho político que significó el rechazo del proyecto, el tratamiento de la LIVE en el plenario de las comisiones parlamentarias de Salud, Justicia y Asuntos Penales y, Asuntos Constitucionales, dejó un interesante debate donde se pueden apreciar la colisión de dos teorías jurídicas antagónicas: la que penaliza el aborto y sólo lo concede como un permiso en contadísimas situaciones especiales, versus, la que legaliza el aborto como un derecho de la mujer gestante.

### **LO QUE DICE EL PROYECTO**

Primero, modifica el Código Penal, siendo de relevancia la incorporación como primer párrafo del artículo 86 el siguiente texto: *“no es delito el aborto realizado con consentimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional”*. Luego, en la misma norma, aclara los supuestos de no punibilidad actuales, agregando el aborto eugenésico.

Por otro lado, introduce un artículo 85 bis donde penaliza *“a la autoridad de un establecimiento de salud o profesional de la salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados”*.

Finalmente reduce la pena para la mujer que causa su propio aborto y faculta al juez, a que incluso, la deje en suspenso.

En realidad, lo más relevante del proyecto LIVE, es que legalizaba el aborto en las condiciones que prescribían sus normas, tal como enunciaba su Título III, denominado *“INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO”*, donde en su artículo 5º, *“Objeto”*, prescribe que (...) *“Esta ley tiene por objeto garantizar el derecho de las mujeres o personas gestantes a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo”*. Es decir, le reconoce y garantiza a la persona gestante el derecho de interrumpir el embarazo (...) *“con el solo requerimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional”*.

Esto último, constituyó el aspecto medular de la discusión parlamentaria.

#### **ANTECEDENTES: EL CASO FAL**

Pero la discusión parlamentaria venía precedida por un fallo<sup>1</sup> del más alto tribunal nacional. El 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó por unanimidad el artículo 86 del Código Penal, sosteniendo que no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación y, que cualquier caso de aborto no punible no está supeditado a trámite judicial, exhortando a implementar protocolos hospitalarios. Sus aspectos más importantes fueron:

- Que la convención de los Derechos del Niño (CDN) no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida del “nasciturus”.
- Que el Comité de los Derechos del Niño<sup>2</sup> (CRC), señaló que los Estados partes –que no admitan el aborto para casos de embarazos que son la consecuencia de una violación- deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del código Penal.

---

<sup>1</sup> F. 219. XLVI. F.,A.L. s/Medida Autosatisfactiva.

<sup>2</sup> El Comité de los Derechos del Niño es un organismo de las Naciones Unidas que tiene la función de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

- El Estado Argentino, en el artículo 1° de la CDN<sup>3</sup>, no constituye una reserva en los términos del artículo 2° de la Convención de Viena, sino una declaración interpretativa que no altera el inciso 22, del artículo 75 de la Constitución Nacional.
- La judicialización de la solicitud de autorización de un aborto por una violación es una verdadera causa institucional –práctica contra legem-, que obliga a la víctima a ventilar su vida privada, deviene en una demora innecesaria, que pone en riesgo la realización de un aborto seguro. La ley no obliga ni la denuncia ni la prueba de la violación, sino sólo una declaración jurada ante el médico tratante de que su embarazo proviene de un hecho ilícito.

A su vez, más rico aún fue el dictamen de la Defensoría General de la Nación, el cual manifiesta que:

- En el sub-examen, la actualidad de la cuestión o el interés latente se refleja, en la necesidad de que “A” y jóvenes como ella, vean efectivamente garantizado su derecho a su determinación como parte de los derechos de su personalidad.
- La falta de implementación de políticas adecuadas que ayuden a las mujeres a evitar embarazos no deseados, planificación familiar, implementación de protocolos médicos que especifiquen qué debe entenderse por grave daño a la salud que justifique la interrupción del embarazo, conduce a que tengan que recurrir a abortos clandestinos y hacen que en Argentina las muertes por aborto sean la primera causa de muerte materna, especialmente en adolescentes.
- El Derecho Civil declama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (artículo 63, Código Civil), pero priva a las personas por nacer de la mayoría de lo que suelen considerarse atributos fundamentales de las personas, como el nombre, estado y domicilio. Tampoco puede adquirir todos los derechos, sino sólo algunos, como si hubiesen nacidos (artículo 70, Código Civil). Y no pueden contraer obligaciones, ya que se lo considera como si hubiesen nacido solamente para todo lo que sea

---

<sup>3</sup> Definición de niño.

favorable, lo cual contradice el concepto mismo de persona. El remate de esta situación ficcional, donde una persona por nacer se considera como si fuese igual que una persona nacida, acarrea otra irrealidad que es pura creación legal, dado que, si naciera sin vida o muriese antes de estar completamente separado del seno materno, se considera al feto como si nunca hubiese existido (artículo 74, Código Civil).

- Teoría de la ficción, no implica negar el estatus de persona del “nasciturus”, sino precisamente reconocerlo y a la par destacar que, como es un concepto jurídico inventado por el Derecho, responde a razones esencialmente pragmáticas, entre las cuales se revela como principal la protección de la vida del concebido, pero sin descartar otras, en base a las cuales no se establecen legalmente los mismos derechos que las personas ya nacidas. A juicio de Alfredo Orgaz, el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el Derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos.
- A la vez, nuestro Código Penal estima, bajo ciertas circunstancias, como diferentes la persona por nacer y la persona ya nacida, lo que se deduce además de las constataciones que se enuncian a continuación: Distinción entre homicidio y aborto; no sanción del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio culposo; preferencia a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionaria, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico, eugenésico y sentimental, que aquí se discute); no sanción de las lesiones causadas al feto dolosa o culposamente y si a la persona ya nacida; las severas penas para los homicidios frente a las del aborto, muestran claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto.
- La circunstancia de que nuestra legislación otorgue protección a la vida humana desde el momento de la concepción no resulta

suficiente para justificar la penalización total sin excepciones, en especial si se considera que dicha tutela, de igual modo que la protección de otros bienes jurídicos puede asumir formas diferentes a la adopción de políticas públicas represivas.

- Las leyes no deben ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley –y en especial la constitución – tiene, por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción; la hermenéutica de las normas constitucionales legales no pueden ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial.
- El artículo 75, inc .22 de la Constitución Nacional especifica que estas convenciones se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. Esto significa que las instrucciones internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Giroldi”, en el que sostuvo que la frase “las condiciones de su vigencia” significa: *“tal como la convención americana sobre derechos humanos rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”*. Vale decir que las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas. En esta línea, varios precedentes de este máximo tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para el estado cuando interpreta la Convención Americana.
- En el caso “Baby Boy”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se pronunció en contra de la interpretación

absoluta que se hace del derecho a la vida desde la concepción, y manifestó que dicha protección rige *en general*, precisamente para permitir la coexistencia de regulaciones locales que admitían la despenalización del aborto en los siguientes casos: **a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) para proteger el honor de una mujer honrada; d) para prevenir al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa; y, e) por angustia económica.**<sup>4</sup>

## LA POSTURA NEGATIVA

La postura finalmente triunfante en el debate, parte de la premisa de que la LIVE es inconstitucional, porque viola el derecho a la vida y las convenciones de derechos humanos, especialmente la CDN.

En las diferentes audiencias que se desarrollaron en los plenarios de comisiones entre los días 11 y 31 de julio de 2018, en el Salón Arturo Illia del Senado, la tesis negativa encontró tenaces defensores. Arbitrariamente elegimos tres.

**Fernando Toller**, expresó ante los legisladores que *“(…) La constitución le llama niño, al niño no nacido, y además dice que hay que dictar un régimen integral de seguridad social para ese niño. Y para poder gozar de ello es menester SER. Artículo 1-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), todo ser humano es persona. Y el artículo 4.1 dice que los seres humanos lo son desde la concepción. No hay ningún tratado, salvo el protocolo de MAPUTO<sup>5</sup>, que no es aplicable a la República Argentina, que hable de la palabra aborto. Hay por lo menos cinco tratados que nos vinculan que hablan de derecho a la vida. Con respecto a la teoría de la proporcionalidad<sup>6</sup>, eso sólo se aplica a los derechos elásticos, no a los inelásticos, donde uno de los sujetos de ese supuesto conflicto desaparece,*

---

<sup>4</sup> La negrilla nos pertenece.

<sup>5</sup> El Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, más conocido como el Protocolo de Maputo, es un protocolo adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos, que garantiza derechos a las mujeres, incluyendo el derecho a tomar parte en el proceso político, el derecho a la igualdad social y política con los hombres, el derecho para controlar su salud sexual y un fin a la mutilación genital femenina. Como sugiere el nombre, fue adoptado por la Unión Africana en la forma de un protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>6</sup> NdR: Sostenía parte del fundamento de la tesis positiva.

*después de la elección, no pueden ser ponderados. Ahí no hay regla de la proporcionalidad ni regla de la ponderación.*

*Robert Alexis, creador de la teoría de la ponderación, dice que jamás puede haber en un caso concreto realmente dos derechos en pugna. En abstracto yo puedo hablar de honor, de intimidad, pero en el caso concreto rompe el principio de no contradicción aristotélico”.*

**Alberto Bianchi**, a su turno, dijo que el proyecto “(...) es inconstitucional porque impone pena capital sin juicio previo a personas inocentes (...) la Constitución Nacional y la Convención de los Derechos del Niño, como normas superiores de nuestro ordenamiento jurídico, establecen que existe vida humana desde la concepción misma, principio que reproduce el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) (...) Todos sabemos que la violación ya está resuelta por el caso “FAL”, y esta ley no agrega nada a lo que interpretó el fallo sobre el artículo 86, inciso 2, del Código Penal. Cabe consignar que ese fallo nunca negó la existencia de la vida desde la concepción. Es más, al interpretar el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional, en su considerando 9º, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo que ese inciso no autorizaba al congreso a establecer un régimen punitivo, simplemente lo autorizaba a establecer un régimen social determinado de la protección de la mujer y del niño durante el embarazo, que es una cosa distinta. No lo autoriza a establecer un régimen punitivo que es lo que está haciendo esta ley (...) En el caso del bienestar social, se pone a la vida humana por debajo del interés social económico. La mujer está habilitada a terminar con la vida de su hijo, que tácitamente consistió engendrar, para obtener una mejor situación económica o laboral (...) El deber del Estado no consiste en otorgar a las mujeres, en proveerles una posibilidad para terminar con la vida de esos seres en gestación, sino proveer las condiciones necesarias para que puedan desarrollarse en un ámbito adecuada.”

Por último, **Siro de Martini**, en la que fue la defensa más apasionada de la postura negativa, dijo que: “(...) El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, establece que la CDN, tiene jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. Estas condiciones están determinadas por la ley 23.849 que establece: se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años. En igual sentido el Código

*Civil y Comercial de la Nación -CCyCN-, dice en su artículo 19, que la persona humana comienza con la concepción (...) Es un error filosófico decir que la protección de la vida humana debe ser gradual, incrementándose según pasa el tiempo, porque quien crece con el paso del tiempo es el niño, no su dignidad (...) Como veíamos, desde la concepción, es aplicable al embrión la CDN, la que estipula en el artículo 3º, que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño; en nuestro caso, el interés superior del niño por nacer. Esto según la ley de 26.061, reglamentaria de la CDN, significa la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la misma, entre los que sobresale, por cierto, el derecho intrínseco de la vida, agregando el artículo 6º de la CDN, que esta obligación incluye el garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño (...) Veamos por qué es errónea la Teoría desde un punto de vista jurídico o incluso lógico. La Teoría<sup>7</sup> dice que hay dos intereses, o dos derechos en juego. El derecho a la vida de la persona por nacer y el derecho a la autonomía personal de la mujer. Lo que dice luego es que hay que dividir el tiempo del embarazo en tres partes y que, en el primer tramo, los primeros tres meses tiene que prevalecer la autonomía de la mujer (...) Ahora, lo que no se dice y no se justifica, es de dónde sale que la autonomía de la mujer pueda llegar hasta el punto de matar a un chico. Una cosa es que la mujer sea un ser autónomo en muchos aspectos y que eso esté garantizado por nuestra constitución, y otra es que esa autonomía no tenga límites. Esa autonomía tiene un límite muy claro. Existe una discriminación en que uno es un embrión, el otro es un feto, etc., todos somos personas jurídicamente, artículo 19 del CCyCN, tratados internacionales (...) ¿Saben dónde está penado el aborto?, en la parte del Código Penal que trata Delitos contra la Vida de las Personas, o sea que es un delito contra la vida y se está legalizando eso (...) La mujer nunca es autónoma para matar a su hijo. Puede ocurrir que haya un grave peligro y que se llegue a cierto punto en que hay que hacer una opción entre la vida de la mujer y la vida del chico: es tu mujer o tu hijo, salve a mi esposa (...) La declaración interpretativa que se hace en la ley 23.849 forma*

---

<sup>7</sup> NdR: se refiere a la Teoría de Proporcionalidad de los Bienes Jurídicos

*parte de la Constitución y, teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto por el CCyCN la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno, se entiende que niño es todo ser humano desde la concepción y hasta alcanzar los 18 años. Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión en el texto de la convención con respecto a la protección de la persona por nacer. Es que ese es el sentido por el que se hizo (...) Muchos organismos internacionales son claramente abortistas, como la Organización Mundial de la Salud, UNICEF y como otros organismos, de eso no hay ninguna duda. Que cada vez que pueden hacer una recomendación la hacen en los países donde no está legalizado el aborto. No hay nada que puedan hacer a nuestro país por no legalizar el aborto. FAL es una simple interpretación de un artículo del Código Penal”.*

## **POSTURA POSITIVA**

Llegado el turno de desarrollar la postura antagónica, la que fundaba el proyecto LIVE, se dirá que es una inteligencia que propugna legalizar el aborto como un derecho a decidir de la mujer o persona gestante, por encima del “nasciturus”, partiendo del razonamiento jurídico que reza que el derecho a la vida no es absoluto, y que la opinión del Comité Consultivo de los Derechos del Niño habilita su legalización.

Para desarrollar esta postura, también tomaremos arbitrariamente las disertaciones más destacadas, comenzando con la podría considerarse la más clara.

**Aída Kemelmajer de Carlucci**, aseguró que *“la legalización del aborto no viola el bloque de constitucionalidad, no viola el federalismo, porque es un tema de salud pública que compromete derechos humanos y cuestiones de derecho penal. No promueve el aborto ni la eugenesia, esto porque la ley 23.849, que incorpora la CDN, contiene una reserva que hace el Estado Argentino, sólo con respecto a la adopción internacional de niños, que menciona el artículo 21 de la Convención, manifestando que con respecto a ello rige la norma interna (...) Luego, hace tres declaraciones: la del artículo 1º, que enuncia que para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. El Estado*

*Argentino declara que la persona es niño desde la concepción hasta que cumple los 18 años; la del inciso f) del artículo 24, referido a Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia, en la que el Estado Argentino se obliga adoptar medidas que permitan orientar a los padres hacia una paternidad responsable; y la del artículo 38 de la convención, en que 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad. 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado. Sobre este artículo el Estado Argentino declaró su deseo de prohibir la participación de niños en conflictos armados.”*

Luego, **Alejandro Osio**, aclaró que “(...) La génesis del inciso 23, del artículo 75 de la Constitución Nacional, no refiere al derecho a la vida. Sobre ese artículo el constitucional constituyente<sup>8</sup> expresó: “Queremos dejar perfectamente aclarado que se ha cambiado el criterio, y que ahora la vida se defiende a través de un esfuerzo que realizará la sociedad y el Estado, para dar a la madre y al niño la posibilidad de desarrollarse tranquilamente en el entendimiento de que, al menos, va a obtener el apoyo mínimo, necesario y fundamental. Es por eso por lo que estamos de acuerdo en votar afirmativamente este proyecto, **que no le dice a la legislatura que penalice el aborto o que libere cualquier posibilidad de aborto**<sup>9</sup>, sino que se trata de una iniciativa que podría estar perfectamente vinculada a la legislación de un

---

<sup>8</sup> Se refiere al expresidente Raúl Alfonsín.

<sup>9</sup> La negrilla nos pertenece.

país que acepta el aborto, como es Suecia. Y también podría estarlo a la de un país como Irlanda que lo prohíbe” (...) Por eso el derecho a la vida se desprende del artículo 33 de la Constitución Nacional. La Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, dice en su artículo 4.1 que la vida estará protegida por ley y en general a partir del momento de la concepción, y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente de ella (...) Esa locución adverbial “**en general**”<sup>10</sup>, tiene su razón de ser en que el texto original que no la contenía, estaba en contra de los países que legalizaban el aborto, y que eso iba a trabar el consenso entre los países de la región, es decir, que la alocución “en general”, tiene el fin específico de permitir la legalización de la interrupción del embarazo y la despenalización del aborto. Esto después lo va a decir el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “ARTAVIA MURILLO”. (...) La Argentina ha hecho una declaración interpretativa con respecto al artículo 1 ° de la Convención de los Derechos del Niño, la cual dice que para la argentina se considera niño desde el momento de la concepción hasta los 18 años (...) Sin embargo, ello no forma parte del tratado, sino que vale solo puertas para adentro del Estado, ya que no es una reserva en los términos de los arts. 19 a 23 de la Convención de Viena. Además, no convierte en absoluta la protección de la vida, sino simplemente define al objeto de derechos en el ámbito nacional (...) La Observación General N°5 del Comité Internacional de los Derechos del Niño, dice que las disposiciones de la Convención pueden ser invocadas directamente ante los tribunales y ser aplicadas por las autoridades nacionales y que la Convención prevalece en caso de conflicto con la legislación interna. **El sujeto de Derecho Internacional de la Convención en el término niño es la mujer o persona gestante y no la persona por nacer o nasciturus.**<sup>11</sup>

## **¿ERA CONSTITUCIONAL LA LIVE? ¿QUE ES EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y QUE DICE?**

Ahora, exploraremos si la LIVE encajaba dentro del ordenamiento jurídico nacional, sin agredir otras normas o principios de raigambre constitucional o supraconstitucional.

---

<sup>10</sup> Ídem anterior.

<sup>11</sup> Ídem anterior.

Así, partiendo de la CDN, es primordial explicar qué es el Comité de los Derechos del Niño (CRC).

Este Comité, es un organismo de las Naciones Unidas, que fue creado por el artículo 43 de la CDN, con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes.

El CRC está integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por CDN. Sus miembros son elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y, ejercen sus funciones a título personal teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención -el referido a la *participación de niños en los conflictos armados*, y el que concierne a *la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*-. Además, publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general.

Así, en la **OBSERVACION GENERAL N°4 (4 de julio 2003)**, el CRC, en el ámbito de la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la CDN, instó a los Estados Partes a *elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia*.

En tanto que en la **OBSERVACION GENERAL N°15 (13 de abril de 2013)**, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, interpretó que los Estados deben estudiar la posibilidad de permitir que los niños accedan a someterse a determinados tratamientos e intervenciones médicos sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y aborto en condiciones de seguridad.

Por ello, el Artículo 24, párrafo 2 d). estipuló la necesidad de *Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres*. Precisamente, el punto 54 de esta observación general, expresa textualmente “*Servicios de aborto en condiciones de seguridad y de atención después del aborto*”.

Más adelante, en el punto 560, de la misma observación general que estamos analizando, el CRC, refiere textualmente que “*En vista de las altas tasas mundiales de embarazo en la adolescencia y de los consiguientes riesgos de morbilidad y mortalidad, los Estados han de velar por que los sistemas y servicios sanitarios puedan atender las necesidades de los adolescentes en materia de salud sexual y reproductiva, incluso mediante servicios de planificación familiar y aborto en condiciones de seguridad.*”

También interpreta el CRC que “*(...) Los Estados deben procurar que las niñas puedan tomar decisiones autónomas y fundamentadas sobre su salud reproductiva. Debe prohibirse la discriminación de las adolescentes que se quedan embarazadas, como cuando se las expulsa de la escuela, y deben ofrecerse oportunidades de educación permanente*”.

Con respecto al párrafo 2 f) del artículo 24 de la CDN, el cual prescribe *Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia*, el CRC interpreta en el punto 70, “*Los métodos anticonceptivos a corto plazo, como los preservativos, los métodos hormonales y los anticonceptivos de emergencia, deben estar a disposición inmediata de los adolescentes sexualmente activos. También deben facilitarse métodos anticonceptivos permanentes y a largo plazo. **El Comité recomienda que los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal***”.<sup>12</sup>

Finalmente, la **Observación General N°20 (6 de diciembre de 2016)**, del CRC, referido básicamente a los derechos de los adolescentes, en sus objetivos enuncia que los mismos consisten en: a) Brindar orientación a los Estados sobre las leyes, las políticas y los servicios necesarios para promover el desarrollo integral de los adolescentes en consonancia con el ejercicio de sus derechos; b) Concienciar acerca de las oportunidades que ofrece la

---

<sup>12</sup> La negrilla nos pertenece.

adolescencia y los retos que plantea; c) Promover la comprensión y el respeto del desarrollo evolutivo de los adolescentes y sus consecuencias para hacer efectivos sus derechos; d) Reforzar los argumentos en favor de una mayor visibilidad y reconocimiento de los adolescentes, así como de inversiones que les permitan hacer efectivos sus derechos a lo largo de sus vidas.<sup>13</sup>

Y en su punto 60 enuncia que *“El Comité insta a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto.”*

## **OTROS ORGANISMOS DE DERECHOS HUMANOS. EL COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CESCR)**

Este Comité establecido en virtud de la resolución 1985/17, del 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) desempeña las funciones de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y, en su Observación General N° 22, del 2/5/2016, hace una interpretación del artículo 12 del Pacto, que refiere a la Salud, haciendo precisiones sobre el Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva de las personas y, en lo que interesa a este artículo, introduce recomendaciones sobre el tema del aborto.

Así, en su punto 10 advierte que *“(…) la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>14</sup>.*

Seguidamente, en el punto 13, acerca de la provisión de medicamentos aconseja que *“(…) Se debe disponer también de medicamentos esenciales, incluida una amplia gama de métodos anticonceptivos, como los preservativos*

---

<sup>13</sup> “Punto 7, Capítulo II. Objetivos”.

<sup>14</sup> Véanse la comunicación núm. 1153/2003 del Comité de Derechos Humanos, *Karen Noelia Llantoy Huamán c. el Perú*, dictamen aprobado el 24 de octubre de 2005; la comunicación núm. 17/2008 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Alyne da Silva Pimentel c. el Brasil*, dictamen aprobado el 25 de julio de 2011; CAT/C/SLV/CO/2, párr. 23; y CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16.

y los anticonceptivos de emergencia, medicamentos para la asistencia en casos de aborto y después del aborto, y medicamentos, incluidos los medicamentos genéricos, para la prevención y el tratamiento de las infecciones de transmisión sexual y el VIH<sup>15</sup>”.

Inmediatamente, en el punto 18, referido a la Accesibilidad de la Información, el documento sostiene que “(...) *Todas las personas y grupos, incluidos los adolescentes y jóvenes, tienen el derecho a recibir información con base empírica sobre todos los aspectos de la salud sexual y reproductiva, entre ellos la salud materna, los anticonceptivos, la planificación familiar, las infecciones de transmisión sexual, la prevención del VIH, el aborto sin riesgo y la asistencia posterior en casos de aborto, la infecundidad y las opciones de fecundidad, y el cáncer del sistema reproductor.*”

Luego, en el punto 21, se manifiesta acerca de la necesidad de contar con los medicamentos relacionados con el aborto, diciendo que “(...) *El hecho de no incorporar o rechazar los avances y las innovaciones tecnológicas en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, como los medicamentos en relación con el aborto<sup>16</sup>, la asistencia médica para la procreación y los avances en el tratamiento del VIH y el sida, pone en peligro la calidad de la atención.*”

Más adelante, sobre los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Género, en relación con la baja de la morbilidad y mortalidad materna, en el punto 28 dice que “(...) *A fin de reducir las tasas de mortalidad y morbilidad maternas se necesita atención obstétrica de urgencia y asistencia cualificada en los partos, particularmente en las zonas rurales y alejadas, y medidas de prevención de los abortos en condiciones de riesgo. La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación*

---

<sup>15</sup> La OMS define los medicamentos esenciales como “los medicamentos que cubren las necesidades de atención de salud prioritarias de la población. [...] Se pretende que, en el contexto de los sistemas de salud existentes, los medicamentos esenciales estén disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada, y a un precio asequible para las personas y para la comunidad”. Véase la observación general núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y OMS, *Lista de Medicamentos Esenciales*, 19ª ed. (2015).

<sup>16</sup> OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, segunda ed. (2012).

*integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva*<sup>17</sup>.

También, en el punto 45 se recomienda a “(...) *Los Estados que deben garantizar la atención de la salud física y mental a las víctimas de la violencia sexual y doméstica en todas las situaciones, en particular el acceso a servicios de prevención posterior a las agresiones, anticonceptivos de emergencia y servicios de aborto sin riesgo.*”

Finalmente, en el punto 49, referido a las obligaciones de los Estados en materia de Salud Reproductiva el Comité indica a “(...) *Los Estados partes tienen la obligación básica de asegurar, por lo menos, la satisfacción de los niveles esenciales mínimos del derecho a la salud sexual y reproductiva.*”

## **SOBRE LA TEORIA DE PROTECCION GRADUAL E INCREMENTAL DE LA VIDA PRENATAL EN EL SISTEMA JURIDICO INTERAMERICANO**

Este tema fue uno de los fundamentos más importantes que animaron a los que defendieron jurídicamente a la LIVE. La inteligencia que concluye que el “nasciturus” no posee derechos absolutos, sino que va adquiriendo la plenitud a medida que se acerca a su nacimiento.

Se trata de la *Teoría sobre la Protección Gradual e Incremental de la Vida Prenatal*, y es interesante para su mejor análisis, remitirnos al caso de la reglamentación de la Fecundación in Vitro en Costa Rica, que devino en el conocido fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “**ARTAVIA MURILLO C/ COSTA RICA, sobre Fecundación in Vitro**”, de fecha 28/11/2012.

Como antecedente diremos que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica interpretó que, en la práctica de la fecundación in vitro (FIV), “(...) *el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para*

---

<sup>17</sup>A/69/62; véase también OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, segunda ed. (2012).

*finde investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte<sup>18</sup>.*

El caso que estamos citando se refería a la responsabilidad internacional del Estado, por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro.

Al momento de sentenciar la CIDH dijo en su considerando 256 que “(...) *a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención<sup>19</sup>, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV*”.

Finalmente, y sobre una teoría sobre la protección gradual e incremental de la vida prenatal dijo que “(...) ***En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.***”

## **ALGUNAS CONCLUSIONES**

Como prolegómeno de una posible conclusión a todo lo expuesto, sostenemos que no debe soslayarse en el análisis, algunos aspectos que hacen al proceso de sanción de las leyes, que implica aprobar, modificar o desaprobar un proyecto de ley.

Ese proceso está animado en primer lugar por la voluntad del legislador, quien goza de la legitimidad otorgada por el pueblo mediante el sistema electoral.

---

<sup>18</sup> Considerando 76 del fallo de la CIDH:

<sup>19</sup> Se refiere al Artículo 4 de la CADH, “Derecho a la Vida”.

Ahora bien, luego de ello cabe aclarar que el proyecto de ley es sometido a un exhaustivo análisis en las distintas comisiones parlamentarias que participan del proceso de sanción, donde vuelve a interpretarse la voluntad del legislador, pero además, se lo examina para valorar si la futura ley es consistente a sí misma, de acuerdo al orden de los conceptos y elementos normativos que la componen en sus diferentes artículos, y sí es consistente con el resto del universo de normas constitucionales y supraconstitucionales que integran el ordenamiento jurídico.

Esto implica, que la decisión del Congreso puede ser políticamente correcta, pero devenir en una inconstitucionalidad: para ejemplo de ello bastaría recordar cómo les fue a las llamadas leyes “Blumberg”. O, a razonamiento contrario, también puede ocurrir que la voluntad del legislador impedir la sanción de una norma que supera los estándares antes referidos.

Dicho esto, y adentrándonos en un análisis de los argumentos jurídicos expuestos por quienes propendieron con éxito a evitar la sanción del proyecto de la LIVE, es dable reconocer la abundancia de fundamentos morales, los cual no obstante, son válidos desde un mirada política, por todo lo que explicáramos antes, acerca del proceso de formación de normas.

Pero en el momento de rastrear estos fundamentos, amerita reconocerles ciertas inconsistencias.

Así, siempre por el camino de una discusión jurídica y racional de la cual no puede privarse ningún sistema republicano y democrático, lo expuesto a lo largo de todo este artículo, redundante en la falsedad lógica de varios postulados enarbolados por la teoría triunfante.

En tal sentido, indubitablemente el texto del proyecto de la LIVE no puede ser tildado de inconstitucional. Si el proyecto se hubiese sancionado y el Poder Ejecutivo lo hubiese promulgado, no estaríamos violando ninguna de las cláusulas de los tratados internacionales que anidan en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Específicamente sobre la CDN, se parte del falso postulado que el “nasciturus” es su sujeto de derechos, cuando en realidad resguarda los derechos de la mujer o persona gestante menor de 18 años.

Por otro lado, es falso que la República Argentina haya hecho una reserva en el artículo 1° de la CDN. Tal como bien lo explicara **Aída**

**Kemelmajer de Carlucci**, la única reserva que hace nuestro país en los términos del artículo 2 de la Convención de Viena, es la del artículo 21 de la CDN, referida a la adopción internacional de niños, y que luego hace tres declaraciones –que no equivalen a una reserva-; primero la del artículo 1° de la CDN, donde 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; segundo, la del artículo 24 inciso f) de la Convención, que considera que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, e interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable ; y, tercero, con relación al artículo 38 de la CDN, la República Argentina declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia.

Por otro lado, también es falso que el CRC sea un organismo que no tiene legitimidad para exigir a los Estados firmantes de la CDN, determinados cambios en el ordenamiento jurídico interno; y también es falso sostener que en ningún tratado internacional salvo el Protocolo de Maputo, se refiere al aborto, tal cual como vimos en las Observaciones Generales del CRC y del CERCR.

Es erróneo confundir persona jurídica con vida humana, desentendiéndose de la teoría de la ficción jurídica que creó el término por una cuestión pragmática.

A la vez, tampoco es válido que el derecho a la vida del “nasciturus” sea un derecho absoluto, tal como se aprecia en el fallo de la CIDH, ARTAVIA MURILLO.

También, es un error sostener que las leyes deban ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas, sin considerar las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley –y en especial la constitución – tiene, por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción, de hecho, nuestra Constitución

fue reformada en 1994, con la inclusión de un nuevo Capítulo Segundo denominado “Nuevos Derechos y Garantías”

Ejemplo palmarios de nuevas legislaciones es el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación del año 2014, precisamente para adaptar el viejo Código Civil –tardíamente por cierto- a todas las nuevas realidades jurídicas que trajeron los tratados internacionales sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes y, sobre personas con padecimientos mentales, entre otros.

Ahora bien, demostrado que el proyecto de la LIVE era constitucional y receptor de los más importantes postulados internacionales, que protegen la vida de las mujeres y personas gestantes, habrá que pensar cómo puede cambiar la voluntad del legislador.

Actualmente, se habla que el frustrado proyecto, reforzado con mejoras extraídas de la rica discusión parlamentaria, sería nuevamente presentado en el próximo año parlamentario. Entonces, habrá que tener en cuenta que coincidentemente el 10 de diciembre de 2019, ambas Cámaras del Congreso se renovarán: el Senado en un tercio y Diputados en la mitad.