

PERSONA HUMANA, DERECHO A LA VIDA Y DIGNIDAD EN EL DEBATE DE LA LEY DE ABORTO

Fecha de recepción: 02/03/2021

Fecha de aceptación: 05/04/2021

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Contacto: nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

- Profesor Titular Ordinario - Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina.

Palabras clave

- Persona humana
- Derecho a la vida
- Aborto
- Dignidad humana

Key words

- Human person
- Right to life
- Abortion
- Human dignity

1 Este trabajo se enmarca en el PICTO-UCA 2017-0032 "El concepto de Dignidad Humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas", cofinanciado por ANPCyT y UCA (Argentina).

RESUMEN

En este trabajo se analizan los términos en que se ha dado la discusión sobre la personalidad del por nacer y su derecho a la vida durante el debate parlamentario de la ley de aborto en Argentina entre 2018 y 2020. Se estudian las posturas que sostienen que el concebido no sería persona para el derecho argentino, el debate sobre si el concebido es niño en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño tal como fue ratificada por la Argentina por ley 23849 y el alcance de la cláusula del art. 75 inc. 23 de la Constitución. En segundo lugar, sentado que el concebido es persona, se analizan y refutan los argumentos a favor del aborto que sostienen que su derecho a la vida tendría una protección gradual e incremental y no necesariamente penal. En tercer lugar, se abordan las visiones sobre la dignidad humana que subyacen en esta controversia. Se concluye sosteniendo que esta ley significa una novedad que tiene consecuencias graves porque se admite que legalmente el concebido es persona, pero legalmente se autoriza a quitarle la vida.

ABSTRACT

This paper analyzes the terms in which the discussion about the personality of the unborn and their right to life has taken place during the parliamentary debate on the abortion law in Argentina between 2018 and 2020. The paper considers the positions that hold that the conceived would not be a person under Argentine law, the debate on whether the conceived is a child under the terms of the Convention on the Rights of the Child as ratified by Argentina by law 23849 and the scope of the clause of art. 75 inc. 23 of the Constitution. The position that maintains that the unborn would be a person but subject to the condition of being born alive is also studied. Then, given that the conceived person is a person, the arguments in favor of abortion that argue that the right to life would have a gradual and incremental protection and not necessarily criminal protection are analyzed and refuted. Finally, the views on human dignity that underlie this controversy are addressed. The new law means a novelty that has serious consequences because it is admitted that the conceived person is legally a person but it is legally permissible to take their life.

1. INTRODUCCIÓN

En el caso *Roe v. Wade* de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 1973 y que legalizó ampliamente el aborto en ese país, el juez Blackmun, autor del voto mayoritario, sostuvo que si se determina legalmente que el feto es una persona, la pretensión de los reclamantes del aborto colapsa porque su derecho a la vida estaría específicamente garantizado por la Enmienda IV². Desde entonces, la cuestión de la personalidad del concebido ha sido uno de los ejes del debate jurídico sobre el aborto en ese país, como en todo el mundo.

Casi 50 años después, la legalización del aborto en Argentina el 30 de diciembre de 2020 marca un hito en esta discusión. En efecto, el Congreso de la Nación aprobó la ley 27610 que legaliza el aborto como pretendido derecho sin invocar causas hasta la semana 14 de embarazo y luego de ese plazo se puede abortar hasta el nacimiento en caso de embarazo proveniente de violación o por existir un riesgo para la vida o la salud de la madre (art. 4 ley 27610). Esta legalización del aborto presenta la particularidad que ha sido aprobada por el Congreso a pesar de que la Constitución Argentina y el resto del ordenamiento jurídico reconocen claramente que la persona humana comienza su existencia desde la concepción. Aun más, el mismo día que se aprobó la ley del aborto, se sancionó la ley 27611, conocida como la ley de los mil días, que establece el pago de una asignación por embarazo equivalente a la asignación por hijo durante los nueve meses de gestación.

En este trabajo me propongo analizar los términos en que se ha dado la discusión sobre la personalidad del por nacer y su derecho a la vida durante el debate parlamentario de la ley de aborto. Tomando como referencia los debates parlamentarios de la ley y las opiniones de los juristas sobre el tema, estructuraré el texto en tres grandes apartados. En el primero, analizaré las posturas que sostienen que el concebido no sería persona para el derecho argentino, incluyendo las que sostienen que sería una persona pero sujeta a una condición: el nacimiento con vida. En el segundo, analizaré las posiciones que sostienen que, si bien el concebido es persona, su derecho a la vida tendría una protección gradual e incremental y no necesariamente penal. En tercer lugar, me referiré a las visiones sobre la dignidad humana que subyacen en esta controversia, para finalizar con algunas reflexiones proyectivas sobre las implicaciones de una tal transformación de los alcances jurídicos de la protección del derecho a la vida.

2 "If this suggestion of personhood is established, the appellant's case, of course, collapses, for the fetus' right to life would then be guaranteed specifically by the Amendment" (*Roe v. Wade*, 40 US 113, 156-7).

2. EN TORNO A LA PERSONALIDAD DE LA PERSONA POR NACER PARA EL DERECHO ARGENTINO

2.1. La cuestión en la biología

Un primer debate que se verificó durante la tramitación de la ley 27610 refiere a si el concebido es persona para el derecho argentino. El análisis del tema sería estrictamente jurídico, aunque ciertamente también se ha dado un debate en torno a la cuestión del comienzo de la existencia de la persona en su dimensión biológica. En ese sentido, tuvo mucha repercusión la declaración formulada por el Ministro de Salud de la Nación, Ginés González García, en la reunión de comisiones de Diputados el 1-12-2020: "Con respecto a la pregunta sobre cuándo inicia la vida, esto data de tiempos remotos... Entonces, eso no es lo que se tramita en este tipo de leyes. Lo que el mundo ha resuelto es la idea de cuándo se es persona, no cuándo hay vida. Para que haya vida se necesita un óvulo y un espermatozoide. Obviamente siempre hay vida, pero reitero: no es eso lo que se trata de vida. Acá no hay dos vidas, como dicen algunos. Acá claramente es una sola persona y lo otro es un fenómeno. En este sentido, vuelvo a decir que para mí ese término no está correctamente utilizado. Si no fuera así, estaríamos ante el mayor genocidio universal, que es el que hace la mitad o mucho más de la mitad del mundo civilizado".

La respuesta a estas posturas fue firme y claramente dada por la Dra. Laura Vargas Roig, investigadora del CONICET, quien en su exposición ante las comisiones de Diputados el 3-12-2020 explicó: "afirmar que el embrión humano es solamente un conjunto de células es una verdad a medias, o mejor dicho un error, porque la genética, la epigenética y la biología molecular nos demuestran que el embrión humano es un organismo (es decir, "un ser viviente compuesto por partes capaces de realizar ciertas funciones coordinadas" según la definición dada por el Diccionario Enciclopédico de Medicina de León Braier)". También Graciela Moya, genetista, reafirmó este punto ante el Senado el 16-12-2020: "El segundo punto es el comienzo de la vida humana; y tampoco hay ninguna duda de que, desde la perspectiva biomédica, el nuevo ser humano comienza en el momento de la fecundación. Todos nosotros hemos vivido nuestras primeras 18 horas de vida como ser humano unicelular; y todos nos hemos implantado en el útero de nuestras madres entre el sexto y séptimo día de vida".

2.2. Distinción entre vida humana y persona humana

Al igual que sucede con la discusión científica biológica, en el campo jurídico el debate también se plantea en términos de distinguir entre vida y persona. Ricardo Gil Lavedra se ubica entre quienes distinguen entre vida y persona. En su

intervención del 15-12-2020 ante las comisiones de Senado dijo: "¿dónde está el desacuerdo entre estas dos posiciones? Sobre los alcances de la palabra "vida": es decir, qué significa esto de la vida. Quienes sostienen esta postura a la que me acabo de referir, personifican, humanizan al proyecto de vida que anida el embrión, parificándolo con el ya nacido o con un ser humano o con una persona; y esto no es así. El embrión no es una persona ya nacida".

Para fundamentar su postura, Gil Lavedra alegó que "el derecho positivo no trata de la misma manera al nacido que al por nacer. La vida que puede haber en un embrión o en una semilla requiere un desarrollo para poder nacer. Y este desarrollo no es autónomo: depende, obviamente, del cuerpo de la madre. Por supuesto que este proyecto de vida requiere tutela, pero esta no tiene por qué ser penal. Es decir, no es criminalizando a la mujer. Y es una ficción sostener que un embrión es un chico".

En realidad, la distinción entre ser humano y persona humana no tiene fundamento alguno en el derecho. Muy por el contrario, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son enfáticos en sostener la identidad entre ser humano y persona humana. Todo ser humano es persona. No puede haber seres humanos que no sean personas. Dos textos resultan decisivos en es punto. Por un lado, el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que establece: "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Por otro, el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que reconoce que "persona es todo ser humano".

2.3. El problema de la interpretación del término "niño" en la Convención sobre los Derechos del Niño

Una variante de este debate en el campo jurídico se centró en la discusión de si podía considerarse al por nacer como "niño". El punto es clave, pues si lo reconocemos como "niño" resulta protegido plenamente por la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular por el art. 6 referido al derecho a la vida.

En primer lugar, la redacción del art. 1 de la Convención deja abierto el punto referido a cuándo se considera que comienza la existencia del niño para el derecho. En efecto, dice el art. 1: "*Para los efectos de la presente Convención, 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*".

Inicialmente, un borrador de este artículo indicaba que la existencia del niño comenzaba en el nacimiento, pero ello fue eliminado³.

Pero el preámbulo de la Convención afirma que tiene presente "*que, como se indica en la Declaración sobre los Derechos del Niño, 'el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'*".

Como se puede advertir, en este párrafo hay una explícita mención a la etapa prenatal, que tuvo como origen una sugerencia del representante de la República Federal Alemana⁴. El tema fue intensamente debatido durante los trabajos preparatorios de la Convención. La importancia del tema está dada por el hecho de que, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el preámbulo tiene un valor muy importante al momento de interpretar un Tratado. Así, no puede negarse que la Convención reconoce que "la vida del niño debe ser protegida "tanto antes como después del nacimiento", y, por lo tanto, el concepto de "niño" se extiende en una prolongación indeterminada hasta "antes del nacimiento" para todos los Estados partes"⁵.

Al respecto, entre los autores que han procurado relativizar el alcance de este párrafo se encuentra Philip Alston, quien entendió que el parágrafo transcrito del preámbulo deja abierta la posibilidad de que los estados en forma individual adopten medidas legales y de otro tipo que sean apropiadas para proteger al niño no nacido⁶. Para Alston, el tema del aborto en la Convención es dejado a la decisión de cada estado a la luz de sus propias percepciones sobre los más efectivos medios para balancear los derechos e intereses en conflicto⁷. En cambio, Thomas Finegan, luego de investigar los trabajos preparatorios de la Convención, entiende que hay un valor "operativo" en el preámbulo⁸. Además, sostiene que se debe considerar al feto como ser humano o niño para el significado natural y ordinario

3 Finegan T. International Human Rights Law and the "Unborn": Texts and Travaux Preparatoires. Tulane J Int Comp Law [Internet]. 2016;25:89-126, 112. Available from: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulicl25&tid=97&div=&collection=>

4 Basset UC. Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos de los Niños. El Derecho. 2008;(ED-DCCLXX-211).

5 Basset, op. cit.

6 Alston P. The unborn child and abortion under the draft Convention on the Rights of the Child. Hum Rights Q. 1990;12(1):156-78, 177.

7 Alston, op.cit, p. 178.

8 Finegan, op. cit., p. 114.

de las palabras⁹ y que ello es consistente con los arts. 1, 6 y 24.2.d de la propia Convención. Finegan llega así a la conclusión que para la Convención sobre los Derechos reconoce positivamente que al niño por nacer como sujeto de derechos humanos, reconociendo su derecho a la vida¹⁰.

En definitiva, encontramos que la Convención reconoce una etapa prenatal de vida que es merecedora de medidas de protección jurídica. Ciertamente, el debate se ha dado en torno a los alcances de esa protección, particularmente en el contexto de los debates sobre el aborto. Pero justamente en este punto, tanto Alston como Finegan coinciden en que cada Estado puede adoptar medidas para determinar la extensión de la protección del derecho a la vida en esa etapa prenatal.

En este sentido, si ya por el Preámbulo de la Convención sobre los derechos del Niño podemos afirmar que hay una protección jurídica de quienes están por nacer, con más razón hay que reconocer que la República Argentina estaba facultada a adoptar su propia interpretación en cuanto al alcance del término niño.

2.4. La República Argentina y el término "niño"

Cuando la República Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, el Congreso decidió incluir una declaración interpretativa que afirma que la República Argentina entiende por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad" (art. 2 ley 23849). De este modo, dado que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional sostiene que los distintos Tratados (entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño) tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", se considera que esta declaración interpretativa tiene la misma fuerza vinculante que el texto de la Convención y por tanto tiene jerarquía constitucional. Así, solo queda concluir que para la Argentina el comienzo de la existencia del niño se produce en la concepción.

Durante el debate en el Congreso, quienes impulsaron la ley sostuvieron que esta cláusula era una simple "declaración interpretativa" y que no tenía la fuerza normativa de una reserva y no integraba las "condiciones de vigencia" de la Convención. Por ejemplo, la Ministra Gómez Alcorta dijo ante las comisiones de Senado el 14-12-2020: "el Estado argentino no hizo una reserva en este sentido, sino

9 Finegan, op. cit., p. 115.

10 Finegan, op. cit., p. 125.

que formuló una declaración que es interpretativa. ¿Eso qué significa? Significa que tiene un rango legal, no un rango constitucional esa norma interpretativa”.

El tema fue debidamente respondido por una declaración conjunta de Decanos de Facultades de Derecho titulada “Ante el aborto como política pública: del delito de aborto al derecho a abortar” en que se explica que el texto constituye lo que se llama una declaración interpretativa condicional y que, conforma a la Guía Práctica sobre reservas de los Tratados de 2011, las declaraciones interpretativas condicionales están sujetas a las reglas aplicables a las reservas¹¹. Es importante precisar que el carácter “condicional” de la declaración interpretativa tiene que ver con la voluntad expresa del país de condicionar su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación especial del tratado o de alguna sus disposiciones. En este sentido, es importante la precisión que realiza Ricardo Bach de Chazal cuando recuerda “que en el Mensaje de Elevación N° 114/90 del 30 de agosto de 1990 con el que se acompañó el proyecto de esa ley aprobatoria, el Poder Ejecutivo Nacional, luego de recalcar la consagración del derecho intrínseco a la vida de todo niño y su interés superior, dijo que “... Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión del texto de la convención con respecto a la protección de las personas por nacer...”.La ley fue sancionada por unanimidad en ambas cámaras del Congreso y la declaración fue efectivamente realizada, al momento de ratificarse el tratado, el 4 día de diciembre de ese mismo año”¹².

En línea con lo que antes comentamos sobre la posibilidad de que los países adopten medidas diferenciadas al momento de ratificar la Convención, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Pablo Garat, en su intervención ante las comisiones del Senado el 15-12-2020 remarcó: “La Argentina, de manera soberana, en 1989, dijo: Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión del texto de la Convención con respecto a la protección de las personas por nacer. Y lo hizo para alinear la ratificación de la Convención contra el Código Civil, que en aquel momento y hoy establecen que se es niño desde la concepción; que la persona humana comienza desde la concepción; Francia, en el otro extremo, hizo una declaración, también –no una reserva– y dijo: El gobierno

11 Declaración de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Católicas, “Ante el aborto como política pública: del delito de aborto al derecho a abortar”, 20/11/2020, disponible en <http://uca.edu.ar/es/noticias/ante-el-aborto-como-politica-pública-del-delito-de-aborto-al-derecho-a-abortar> (último acceso: 2-2-2021).

12 Bach de Chazal R. Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional. El Derecho. 2020;289(ED-MIII-921).

de la República Francesa declara que esta Convención, particularmente el artículo 6°, no puede interpretarse en el sentido de que constituye un obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la legislación francesa relativas a la interrupción voluntaria del embarazo" (exposición ante las comisiones de Senado, 15-12-2020).

Por estas razones, se interpreta que bajo la declaración interpretativa condicional aprobada por ley 23849, la República Argentina se obligó internacionalmente a cumplir la Convención sobre los Derechos del Niño de una manera más amplia que otros países, interpretando que niño es todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años. Ello supone garantizarle el derecho a la vida y dar siempre prioridad a su interés superior.

2.5. La definición de "niño" y su jerarquía constitucional

El tema del alcance de esta declaración interpretativa también tiene relevancia para determinar la jerarquía constitucional de esta definición de niño dada por la ley 23849. En este punto, hay que tener presente que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional afirma que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia".

Alfredo Vítolo en su exposición ante los senadores el 15-12-2020 explicó el origen de esa expresión ("en las condiciones de su vigencia") y recordó que en el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente figura una intervención del Juan Pablo Cafiero quien propuso que se incorpore la frase "en las condiciones de su vigencia" al texto del inciso 22 "...para no tener que poner los números de todas las leyes que fijan la postura interpretativa seguida por nuestro país respecto de cada tratado". Como dijo Vítolo, "esta es la interpretación auténtica que los convencionales constituyentes de 1994 dieron al sentido de "en las condiciones de su vigencia". Esto quiere decir que, para el derecho argentino, "en las condiciones de su vigencia" es muy claro que refería a la declaración que realizó este Congreso, declarando que hay niño desde la concepción" (exposición ante las comisiones del Senado, 15-12-2020).

2.6. La interpretación de la Convención

Una cuestión adicional que se planteó en torno a la definición de niño estuvo dada por la intervención en los debates en el Congreso de Luis Pedernera, presidente del Comité de los Derechos del Niño, quien en su exposición ante los senadores el 17-12-2020 se pronunció a favor de la legalización del aborto y afirmó: "somos el órgano creado por la Convención de los Derechos del Niño. Está integrado por 18 expertos independientes, electos por la Asamblea de Estados

parte, a la fecha, 196 Estados; la única excepción es Estados Unidos. Es decir, prácticamente, la Asamblea General de Naciones Unidas nos elige para un mandato de cuatro años. Somos el órgano de control de aplicación del Tratado. Recibimos denuncias, realizamos investigaciones por violaciones a los derechos del niño y somos la autoridad competente para interpretar la Convención". Y luego se refirió a las recomendaciones que le hizo el Comité al Estado argentino en 2018 para que "garantice el acceso de las adolescentes a los servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto", afirmando que "la ley que está en discusión, por lo tanto, está alineada con las recomendaciones que el Comité le formuló en 2018 al Estado argentino".

Al respecto, vale resaltar que el problema subyacente al planteo del Comité de los derechos del niño es el del embarazo adolescente. Ese problema requiere múltiples y complejas soluciones. Por eso, la República Argentina debe tener en cuenta la recomendación del Comité pero puede decidir medidas distintas a las sugeridas para resolver el problema de fondo que motivó la preocupación del organismo. Es posible solucionar el embarazo adolescente sin legalizar el aborto. En tal sentido, a través de la ley 23849, la Argentina se obligó a extremar los esfuerzos por salvar las dos vidas: la de la madre adolescente y la del hijo por nacer. Además, las indicaciones del Comité tienen carácter de recomendaciones y no tienen una fuerza vinculante para el país. Finalmente, la ley 27610 no es una despenalización del aborto sino que tiene un diseño normativo que promueve el aborto sin invocar causales, en forma amplia y con una clara afectación del derecho a la vida de la persona por nacer.

2.7. La teoría de una personalidad condicionada en el Código Civil y Comercial

Una última cuestión jurídica vinculada con la personalidad del concebido está centrada en la interpretación de algunas normas del Código Civil y Comercial (en adelante CCC). En efecto, es bien sabido que según el art. 19 CCC el comienzo de la existencia de la persona se verifica en la concepción. Ahora bien, para algunos defensores de la legalización del aborto, en la etapa prenatal la personalidad que se reconoce al concebido estaría "condicionada" a su nacimiento con vida. Para fundar su postura invocan el artículo 21 CCC que dispone "ARTÍCULO 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume".

El argumento fue formulado por la ministra Gómez Alcorta, quien sostuvo que "el artículo 19 del Código Civil y Comercial dice que hay existencia de persona

humana desde la concepción, pero el artículo 21 también aclara que si no nace con vida se considerará que la persona nunca existió. Por eso, la diferencia que hay entre vida intrauterina y la persona humana a los fines del sistema jurídico y del reconocimiento de la vida" (exposición ante comisiones del Senado, 14-12-2020).

En realidad, este argumento se vincula con las posturas que distinguen entre ser humano, como realidad ontológica, y persona, entendido este término como un recurso técnico con el que cuenta el legislador para ampliar o restringir el espectro de derechos que se asignan a los seres humanos. Esta postura es claramente contraria a principios fundamentales del derecho, como el que sostiene que todos los seres humanos son personas. Ya hemos visto este tema en un apartado anterior.

Respecto a la correcta forma de interpretar el art. 21 CCC, los juristas siempre entendieron que el nacimiento con vida significaba la consolidación de los derechos transmitidos al concebido en materia patrimonial y en el contexto sucesorio. Es decir, para evitar el caso de una mujer que simulara un embarazo y luego alegara la pérdida del niño y pretendiera ser la única heredera del cónyuge fallecido antes del nacimiento, ya desde el Código Civil de Vélez Sarsfield se condicionó la transmisión de derechos patrimoniales al nacimiento con vida. En este sentido, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en 2003, la Comisión nro. 1 que consideró el tema del comienzo de la existencia de la persona, aprobó una ponencia que sostuvo: "la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de la persona natural debe interpretarse limitada sólo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales". Como explica Tobías, "el nacimiento sin vida causa la resolución con efecto retroactivo de los derechos y las relaciones jurídicas y la cesación -para el futuro- de la calidad de persona"¹³.

Por estas razones, consideramos inexacto afirmar que la personalidad que se reconoce al por nacer en el art. 19 del Código Civil y Comercial sea una personalidad "condicionada". El por nacer es persona para el derecho argentino, con la exigencia de ver respetada su dignidad y la inviolabilidad de su vida (art. 51 CCC).

13 Tobías JW. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Buenos Aires: La Ley; 2018, Tomo I, p. 388.

3. LA DISCUSIÓN SOBRE LOS ALCANCES DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VIDA

En el apartado 2 hemos analizado el debate en torno a la cuestión de si el por nacer es o no persona para el derecho argentino y hemos procurado demostrar que sí lo es. Por la conjunción de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y los claros términos del art. 19 del Código Civil y Comercial, para la República Argentina la existencia de la persona comienza con la concepción.

En este apartado daremos por sentado ese reconocimiento de la personalidad del por nacer e ingresaremos al estudio de argumentos favorables al aborto que sostienen que, si bien el concebido es persona, su derecho a la vida no merecería una protección jurídica ante el aborto. Este argumento presenta dos variantes en el debate en Argentina: por un lado, se afirma que la protección del derecho a la vida debe ser gradual e incremental con fundamento en el fallo "Artavia Murillo y otros c/Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el otro, se sostiene que existe la protección del derecho a la vida no necesariamente tiene que darse por medio del derecho penal.

3.1. El fallo "Artavia Murillo" y la idea de una protección "gradual e incremental" de la vida del por nacer

El sistema interamericano de Derechos Humanos es único en el mundo porque incluye explícitamente un reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción. En efecto, el art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: "Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...".

Ahora bien, la claridad de esta norma ha sido puesta en duda en todo el continente a partir de la sentencia "Artavia Murillo y otros c/Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 28 de noviembre de 2012). En esa sentencia, la Corte IDH condenó a Costa Rica por considerar que la sentencia de Sala Constitucional de ese país que prohibía la fecundación in vitro había resultado una injerencia excesiva en derechos de los demandantes, quienes eran matrimonios con padecimiento de infertilidad. El eje de la controversia en "Artavia Murillo" fue si el embrión era o no persona y cómo debía interpretarse el término "concepción". La mayoría de la Corte IDH entendió que la concepción se producía en el momento de la implantación. Este punto fue objeto de muchas y justificadas

críticas, porque la Corte IDH terminó haciendo una interpretación restrictiva y perjudicial para la persona por nacer en estado embrionario. Ahora bien, la conexión de "Artavia Murillo" con el aborto se origina en que, en algunos pasajes de la sentencia, que no estaban directamente relacionados con la cuestión a decidir, el voto de la mayoría de la Corte realiza afirmaciones sobre el derecho a la vida del concebido y sostiene que su protección bajo el art. 4.1 antes citado debía ser "gradual e incremental" (considerandos 256 y 264, "Artavia Murillo").

Este argumento fue explicitado durante las audiencias en el Congreso. Así, la Secretaria Legal y Técnica, Vilma Ibarra, sostuvo el 14-12-2020 ante las comisiones de Senado: "la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano máximo para interpretar la propia Convención Americana, ha dejado establecido que la legalización del aborto no contradice su letra. Y en el año 2012, el famoso fallo Artavia Murillo, que era a causa de una fecundación in vitro y en contra del estado de Costa Rica, aclararon que la expresión "protección en general" significaba, por un lado, que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino gradual e incremental y que se había incorporado precisamente para todos aquellos países, que son muchos, que van legalizando la interrupción voluntaria del embarazo".

Estas afirmaciones son jurídicamente equivocadas. A continuación, resumiré los argumentos que llevan a rechazar la invocación del fallo "Artavia Murillo" como legitimador de la legalización del aborto.

a) La primera razón para rechazar la invocación del fallo "Artavia Murillo" es que se trata de un caso en que no se refiere al aborto, sino a la prohibición completa de la fecundación in vitro. Así, es incorrecto extrapolar consecuencias jurídicas de un caso que tiene otra plataforma fáctica. En tal sentido, las sentencias judiciales siempre se refieren a casos concretos, con sus circunstancias de hecho y de derecho concretas, con las pruebas y argumentos alegados por las partes participantes del litigio.

b) La propia sentencia de la Corte IDH en "Artavia Murillo" impide extender sus efectos al debate del aborto, pues en el considerando 135 se precisan los alcances del pronunciamiento del tribunal: "en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver controversias que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", 28-11-2012, considerando 135). Además, según explica Ligia Castaldi, la sentencia misma titula la sección sobre la vida de la persona por nacer como "Interpretación del artículo

4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso", lo cual claramente indica que la interpretación aplica únicamente para el caso contra Costa Rica (Véase *Artavia Murillo v. Costa Rica*, pág. 2, 49 (c)). Por su parte, en su voto concurrente, el Juez García Sayán, aclaró que esta sentencia tenía valor acotado al sostener: "la Corte ha procedido en esta sentencia a interpretar dicha norma [artículo 4.1] para efectos de este caso" (Voto Concurrente García-Sayán, parr. 8)¹⁴.

c) Las referencias que encontramos en el voto de la mayoría en "Artavia" al carácter "gradual e incremental" del derecho a la vida, no integran lo que se conoce como la "ratio" de la sentencia, es decir, el argumento central que fue considerado en el caso y que resultó determinante para la decisión judicial.

d) El art. 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando regula la competencia de la Corte IDH y el alcance de sus sentencias, precisa que estas son vinculantes para los Estados que fueron parte de la contienda. Así, no puede ser vinculante para la Argentina una sentencia dictada contra otro país. Ciertamente, si hubiera circunstancias similares a las que dieron origen al caso "Artavia", el fallo de la Corte IDH tendría que ser tenido en cuenta como "insoslayable pauta de interpretación" para nuestro país, pero de ningún modo es norma vinculante.

e) La ley 27610 promueve el aborto a demanda y sin restricciones de ningún tipo hasta la semana 14. Ello no fue avalado jamás por la Corte IDH. Es más, el art. 4.1. de la Convención que antes citamos precisa que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente. El aborto tal como está legislado en la ley 27610 implica la legalización de conductas que implican privar de la vida arbitrariamente a personas por nacer. En ningún momento la Corte IDH habló de un pretendido derecho al aborto.

f) En fallos posteriores a "Artavia" la Corte IDH no ha ratificado sus dichos sobre el aborto, como bien lo precisa la prof. Ligia Castaldi, quien ha explicado que la interpretación de "Artavia" en cuanto a la protección gradual e incremental del derecho a la vida no fue ratificada posteriormente en la sentencia del caso *Gómez Murillo* ni en las medidas provisionales concedidas por la Corte en el caso *Beatriz*,

14 Agradezco a la prof. Castaldi estas ideas que me enviara por mail particular durante el debate de la ley de aborto en 2020. Ver su trabajo *De Jesus LM. The Inter-American Court on Human Rights' Judgment in Artavia Murillo v. Costa Rica and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights. Oregon Rev Int Law. 2014;16:225-48.*

lo cual indica que los dichos sobre aborto en la sentencia "Artavia" no ha creado constancia alguna en la jurisprudencia del Sistema Interamericano.

g) Cuando se analizan todas las sentencias de la Corte IDH sobre el art. 4 y el alcance del derecho a la vida, se advierte que "Artavia Murillo" es la única sentencia en que la Corte relativiza el derecho a la vida, lo que contradice todas las otras sentencias sobre el tema¹⁵.

h) El derecho a la vida no admite grados cuando se trata de determinar si es posible algún tipo de limitación o restricción. En efecto, la vida se tiene o no se tiene y no se puede reparar la acción que priva de la vida a una persona, pues eso supone el fin de su existencia.

i) La postura que sostiene que el derecho a la vida tendría una protección "gradual e incremental" bajo la Convención Americana no tiene fundamento normativo alguno y, como sostuvo Néstor Sagüés en 2018, "es una invención de la Corte Interamericana. No surge del documento de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Pero, además, esta declaración o esta sentencia no indica que el aborto puramente discrecional, libre, sin causa, decidido por la mujer sea una alternativa permitida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, no dice eso la sentencia de la Corte Interamericana en el caso que mencionamos" (Nestor Sagues, 11/07/2018, exposición en el Senado de la Nación).

j) Algunos afirman que la protección "gradual e incremental" tendría su fundamento en la expresión "en general" que figura en el art. 4 de la Convención sobre el derecho a la vida. Este tema fue bien estudiado por Ricardo Bach de Chazal, quien analiza en profundidad los debates que llevaron a la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos y cuál debe ser la interpretación del art. 4.1. sobre el derecho a la vida, llegando a la siguiente conclusión: "se pretendió acuñar una fórmula de carácter general y de suficiente amplitud como para cobijar el derecho a la vida de "todo ser humano", de modo que ningún supuesto pudiera quedar fuera de una enumeración casuista, lo cual -evidentemente- también tutela a las personas por nacer desde el primer instante de su existencia"¹⁶.

En definitiva, los intentos de justificar el aborto a partir de "Artavia Murillo" son inconsistentes desde el punto de vista jurídico y deben ser rechazados. Es claro

15 Herrera DA, Lafferriere JN. ¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida. Supl Const. 2013;abril:1-10.

16 Bach de Chazal R. "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica". Un revés para el derecho. El Derecho. 2013;252:739.

que la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que el derecho a la vida será protegido desde la concepción y ello supone que la despenalización o legalización del aborto importa una afectación a ese derecho que no resulta compatible con el texto de la Convención. Por supuesto, hay otras razones constitucionales en el derecho argentino que refuerzan esta conclusión.

3.2. ¿Qué protección jurídica para el derecho a la vida?

Una variante de los argumentos favorables al aborto relacionados con el derecho a la vida sostiene que la protección de este derecho no necesariamente debe ser penal. Desde la perspectiva del derecho constitucional, la cuestión se focaliza en la interpretación de los alcances del art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. En efecto, se trata de una norma agregada en la reforma constitucional de 1994 que faculta al Congreso Nacional a dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, "desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia". Como resulta indudable que el texto reconoce explícitamente la existencia de un niño en la etapa prenatal, los promotores del aborto tratan de acotar los alcances de este reconocimiento señalando que se trata simplemente de una protección vinculada con la seguridad social y que ello no significa que deba tener protección penal el derecho a la vida de ese niño.

Entre quienes arguyeron esta justificación para la ley del aborto se encuentra la Ministra Gómez Alcorta, quien en la reunión de comisiones del Senado el 14-12-2020 sostuvo: "hay que decir que el artículo 75, inciso 23, establece que, efectivamente, el Estado debe brindar ... una protección social durante el embarazo. Efectivamente que el Estado deba llevar adelante medidas de protección no indica –por lo menos todo el plexo normativo internacional y nacional lo aclaran– que esa protección tenga que venir de la mano del derecho penal. El derecho penal es la última ratio para un sistema jurídico, y en este caso está muy claro que, efectivamente, por más que haya vida intrauterina los niveles de protección son incrementales para el sistema jurídico".

Ante todo, hay que clarificar lo que significa esta postura. Se trata de sostener que a un niño se le puede quitar la vida y ello no necesariamente tiene que ser sancionado penalmente. El argumento es muy endeble desde la lógica de los derechos humanos.

a) Al igual que sostuvimos en el apartado interior, el derecho a la vida no admite grados en su protección. Señalar que la protección que se va a brindar a la vida está enmarcada en el derecho de la seguridad social y que eso sería suficiente,

supone desconocer lo que ha legalizado la ley 27610. Sería algo similar a sostener que, para una persona de 80 años, la única protección que se le va a dar será la de la seguridad social (su jubilación, por ejemplo), pero que si alguien le quita la vida ello no requiere una norma penal de protección.

b) La protección penal ciertamente es una respuesta de última instancia y justamente por ello está vinculada a los bienes jurídicos más relevantes. Es justamente el derecho a la vida un bien jurídico de primer orden que demanda una respuesta penal proporcionada. Como bien sostiene Arias de Ronchietto: "el bien humano ético-jurídico a defender es el resguardo integral: penal, civil, constitucional, del derecho a la inviolabilidad de cada vida humana, por serlo; porque es fundamental. El derecho es uno, de modo que, desde todas sus ramas, entre ellas, la protección penal de la vida es irrenunciable: su enérgica advertencia está destinada a exaltar de modo especial el resguardo de los bienes fundamentales de la convivencia social de una Nación. La estrategia de 'despenalizar el aborto' es la de dividir para mermar y reinar"¹⁷.

c) La decisión legislativa de desproteger la vida de las personas por nacer marca un quiebre profundo en la legislación penal. En efecto, es fácil advertir que el bien jurídico "vida humana" de la persona por nacer, al quedar excluida la sanción a la conducta de abortar, pasa a tener menos relevancia que otros bienes como la propiedad. El código penal y las leyes complementarias tienen una lógica interna que está asociada a los bienes jurídicos y que debe ser armónica y proporcionada según su importancia.

d) Finalmente, ni siquiera la protección de la seguridad social está garantizada para toda persona por nacer. Esa protección está condicionada a la decisión de la madre de abortar o no dentro de un plazo determinado. Así, lo que sucede en los hechos es que el legislador ha generado un marco jurídico que discrimina a las personas según sea deseadas o no deseadas. Y a las no deseadas les niega todo derecho y autoriza su eliminación.

4. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA CONCEPCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

Detrás de estos dos grandes debates sobre la personalidad del por nacer y el alcance del derecho a la vida se encuentra, en última instancia, un debate sobre la

17 Arias de Ronchietto CE. El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible. El Derecho. 2008;228:669.

noción misma de dignidad humana. En efecto, la legalización del aborto se afirma como una exigencia de la dignidad de la mujer, que tendría que ser respetada en la decisión de conformar su proyecto de vida. En esta línea argumental, la dignidad está asociada a la pura autonomía y a la autodeterminación personal. De esa noción de dignidad se deriva también la minusvaloración de la vida del por nacer, pues ciertamente en la etapa prenatal el ser humano no puede ejercer su autonomía. Entonces, la identificación de la dignidad con la autonomía se convierte en el fundamento último de la pretensión de legalizar el aborto.

Como resumen de esta postura podemos citar la forma en que finalizó su intervención ante las comisiones del Senado el 15-12-2020 Alicia Kemelmajer de Carlucci: "Concluyo, pues, con las palabras del maestro Morello, cuando dijo: 'Biológicamente, la vida es superior, pero axiológicamente no. La vida solo es tal, si es digna; y la dignidad va unida a la autonomía'".

Esta cuestión encierra un profundo debate iusfilosófico en torno a la dignidad y que excede los alcances de este trabajo. En todo caso, vale señalar que la idea de dignidad subyacente como principio fundamental del derecho de los derechos humanos se corresponde, en primer lugar, con la excelencia en el ser propia del ser humano. Es decir, la dignidad señala un merecimiento de respeto que se concede a todo el ser humano por el solo hecho de ser tal. Así, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se abre con una referencia a la dignidad intrínseca de todo ser humano. Señalar que la dignidad es intrínseca excluye no sólo la posibilidad de entender la dignidad como algo que es asignado por el legislador o por el Estado, sino también excluir la posibilidad de que esa dignidad sea reconocida solo a algunos seres humanos.

La dignidad como autonomía no alcanza a dar fundamento fuerte a la protección jurídica debida a las personas más vulnerables. Así, si se asocia dignidad con autonomía exclusivamente, se promueve un ordenamiento jurídico que favorece a los más fuertes en desmedro de los débiles y requeridos de protección.

Ciertamente, dignidad es un término análogo y en razón de tal analogía podemos reconocer distintas formas de referirnos a ella. Así, hay una dignidad que se vincula con la libertad humana. Pero el significado focal de la dignidad es la excelencia en el ser y es a ese significado al que se refieren los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

5. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha querido mostrar los debates subyacentes en torno a la persona, el derecho a la vida y la dignidad en la discusión de la ley 27610 de legalización del aborto en Argentina. Así, se puede constatar que un primer argumento a favor de la ley estuvo vinculado con la distinción entre ser humano y persona humana. Este planteo se vincula con posturas que entienden que el término "persona" es un recurso técnico del legislador para designar a quiénes va a asignar derechos. Ese enfoque, marcadamente positivista, contradice toda la tradición jurídica que sostiene que todo ser humano es persona y sobre todo, las claras disposiciones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En el debate también se sostuvo que el concebido no sería un niño en los términos de la Convención sobre los derechos del niño. Al respecto, hemos demostrado que el Preámbulo de la Convención ya se refiere a la protección debida a la etapa prenatal. Igualmente, sostuvimos que para la Argentina el término niño comprende a todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años, pues así lo declaró al aprobar la convención por medio de la ley 23849. Esta ley constituye una declaración interpretativa condicional, que tiene el mismo valor que una reserva y que delimita el alcance de las obligaciones asumidas por el país. Finalmente, el art. 75 inciso 23 de la Constitución ratifica la personalidad del concebido cuando señala que el Congreso debe dictar un régimen de seguridad social especial para el niño desde el embarazo.

En el campo del derecho civil, hemos también refutado la teoría que sostiene que el concebido no sería persona porque el Código Civil y Comercial en su art. 21 exige, para ello, que el nacimiento sea con vida. Al respecto, tal condición no refiere a la personalidad, sino a la transmisión de derechos patrimoniales y tiene una explicación histórica muy clara en la búsqueda de evitar fraudes sucesorios.

Haber demostrado que la existencia de la persona comienza con la concepción no resuelve el problema del aborto porque hay otros argumentos que se esgrimen para su justificación. Se trata de las posturas que afirman que el concebido es persona, pero que su derecho a la vida no supone la necesidad de penalizar el aborto. En el trabajo, hemos demostrado que el argumento vinculado con el fallo "Artavia Murillo y otros c/Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sostiene que la protección del derecho a la vida del por nacer es gradual e incremental es jurídicamente inconsistente. También hemos probado que la protección del derecho a la vida requiere una respuesta específicamente penal, por la importancia del bien jurídico en juego, en tanto el aborto supone la privación definitiva de la vida del por nacer.

Finalmente, la cuestión de fondo que subyace a estos debates se refiere a la concepción de dignidad humana. Así, los partidarios del aborto suelen afirmar una idea de dignidad asociada a la autonomía. En cambio, nosotros sostenemos que la dignidad está relacionada con la excelencia en el ser y es una nota que se reconoce a todo ser humano, con independencia de si es o no autónomo.

Con este trabajo queremos, pues, aportar elementos que demuestran las inconsistencias jurídicas de la ley 27610 de legalización del aborto en Argentina y el quiebre profundo que significa admitir que sea una conducta legal la de quitar la vida a otra persona. Sobre todo, se trata de tomar conciencia que, a diferencia de lo sucedido en otros países en que la discusión estuvo focalizada en el momento en que comienza la vida, en Argentina el planteo traspasó límites muy básicos de la convivencia social, al sostenerse abiertamente que una persona podía ser privada de su vida con autorización legal e, incluso, como conducta enmarcada en un pretendido derecho. Nos encontramos ante una violación del derecho a la vida y una legislación que subordina la existencia misma de una persona, legalmente reconocida como tal, a la decisión de otra. Es, igualmente, una profunda discriminación entre las personas según sean o no deseadas, discriminación que adopta la forma más radical de exclusión, que es la de la privación de la vida misma. Así, la ley 27610 marca un hito en los debates sobre aborto a nivel legislativo. Esperamos que se revierta esta ley injusta e inconstitucional y en su lugar se sancionen normas de fondo para defender la vida todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Alston P. The unborn child and abortion under the draft Convention on the Rights of the Child. *Hum Rights Q.* 1990;12(1):156–78.

Arias de Ronchietto CE. El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible. *El Derecho.* 2008;228:669.

Bach de Chazal R. Breve comentario al nuevo proyecto de aborto del Poder Ejecutivo Nacional. *El Derecho.* 2020;289(ED-MIII-921).

Bach de Chazal R. "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica". Un revés para el derecho. *El Derecho.* 2013;252:739.

Basset UC. Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos de los Niños. *El Derecho.* 2008;(ED-DCCLXX-211).

De Jesus LM. The Inter-American Court on Human Rights' Judgment in *Artavia Murillo v. Costa Rica* and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights. *Oregon Rev Int Law*. 2014;16:225–48.

Finegan T. International Human Rights Law and the "Unborn": Texts and Travaux Preparatoires. *Tulane J Int Comp Law* [Internet]. 2016;25:89–126. Available from: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulic125&tid=97&div=&collection=>

Herrera DA, Lafferriere JN. ¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida. *Supl Const*. 2013;abril:1–10.

Tobías JW. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: La Ley; 2018.