

Buenos Aires, Junio 19 de 2007.-

Señor Diputado

**S** \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ **D**

De mi consideración,

Tengo el agrado de dirigirme a Ud, en mi carácter de Rector de la Universidad Austral, institución universitaria con Autorización Definitiva dispuesta por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 300/2002, con motivo del proyecto de ley de regulación del “Procedimiento en caso de aborto no punible”, nacido en el seno de la Comisión de Salud de esa Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

#### **1.- PERSONERIA**

Justifico el carácter de Rector arriba invocado en lo dispuesto por el art. 12, del Estatuto de la Universidad Austral, de fecha 16 de noviembre de 1998, aprobado por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación por Resolución 2340/1998, así como mi competencia para esta presentación en la facultad nacida del art. 13, inciso c) del mismo instrumento. A tal efecto se adjunta una copia del estatuto indicado, así como de la resolución del Comisión Directiva de la Asociación Civil de Estudios Superiores, por la que se dispusiera mi nombramiento.

#### **2.- OBJETO**

Toda vez que este proyecto supone un abierto y frontal rechazo al derecho a la vida y, como tal, manifiesta y palmariamente inconstitucional, esta presentación persigue alertar esta consecuencia, antes de su transformación en ley.

Como demostraré a lo largo de esta presentación, el derecho a la vida, está reconocido desde la concepción en varias normas con rango constitucional en nuestro país, que van desde la propia Constitución Nacional, a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que, si bien

contaban ya con rango supralegal en el Derecho interno <sup>1</sup>, tienen desde 1994 jerarquía constitucional a la luz de lo establecido por el actual art. 75 inc. 22, de la Carta Magna. En virtud de la existencia del control judicial de constitucionalidad de las normas inferiores, no hace al caso referirse, por tanto, a la diversa legislación de estatura infraconstitucional que también consagra con claridad ese derecho.

Dividiré lo que resta de esta presentación en un capítulo de Fundamentos y otro de Conclusiones. A su vez, el capítulo de Fundamentos estará integrado por los siguientes apartados:

I. El inicio de la vida de la persona humana de acuerdo a la biología.

II. Las normas con jerarquía constitucional que se refieren al inicio de la vida de la persona humana.

III. La principal y más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el inicio de la vida de la persona humana.

IV. La inviabilidad jurídica de dictar una ley que regule el procedimiento de los abortos no punibles establecidos en el art. 86 del Código Penal.

### **3. FUNDAMENTOS DE LA PRESENTACIÓN**

#### **I. EL INICIO DE LA VIDA DE LA PERSONA HUMANA DE ACUERDO A LA BIOLOGIA**

La ciencia ha mostrado de modo contundente que todo individuo de la especie humana comienza su existencia cuando un **espermatozoide** humano penetra en un **ovocito** humano, en lo que se denomina la etapa de fertilización. Estas dos células germinales, las **gametas**, que de seguir de manera independiente iban a desaparecer en breve tiempo, forman con su unión un nuevo ser con todas las realidades y expectativas de un ser humano.

a) Informe biológico: la primera semana de vida. Fertilización e implantación.

Los espermatozoides depositados en la vagina se encuentran con un

---

1. Cfr. C.S.J.N., "Ekmekdjian c/ Sofovich", Fallos 315:1492 (1992), cons. 15 a 20.

medio hostil. Así, los que logran llegar al cuello uterino pueden subsistir hasta seis días, pero no más <sup>2</sup>. El moco producido por el cuello uterino facilita el transporte de los espermatozoides hacia la cavidad uterina, mientras que las contracciones del útero y la motilidad intrínseca de los espermatozoides los llevan hasta la trompa uterina. El ovocito completa su etapa ovárica hacia la mitad del ciclo menstrual y pasa a la trompa uterina. Desaparecerá si no es fecundado dentro de las 24 horas.

Una vez que el espermatozoide ha penetrado en el citoplasma ovular ya podemos hablar de un proceso irreversible <sup>3</sup>. En ese momento se producen simultáneamente:

- los fenómenos que impiden la entrada de otros espermatozoides (bloqueo de la polispermia) y así protegen la individualidad de la nueva vida; y
- los fenómenos de activación ovular, que reflejan la puesta en marcha del desarrollo embriogénico.

Este proceso, como será explicado en detalle más adelante, culmina con la singamia, que da lugar a la célula huevo o cigota.

A partir de allí se produce el llamado “clivaje”: la cigota comienza a clivar, originando en cada división dos células denominadas **blastómeras**. Los clivajes ocurren aproximadamente cada 24 horas. Antes de cada división se duplica el material genético, pero no hay crecimiento del citoplasma, de modo que las sucesivas blastómeras tienen cada vez menor volumen.

Cuando se han producido unas 16 células, unos tres o cuatro días después de la fertilización, el embrión (que ahora se denomina **mórula**) entra en la cavidad uterina.

A partir de entonces, la división celular continúa y, al aumentar el número de células, algunas quedan en la superficie y otras en el interior de la mórula. Las de adentro forman el **macizo celular interno**, mientras que las de afuera (**trofoblasto**) se aplanan y limitan una cavidad denominada **blastocèle**. El embrión, que ahora denominamos **blastocisto**, sigue encerrado

---

2. WILCOX, A.J., *et al.*, “Timing of sexual intercourse in relation to ovulation”, *NEJM* 1995, 333:1517-1521.

3. Cfr. SADLER, T.W., *Embriología Médica de Langman*, 7<sup>a</sup> ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 1993; GILBERT, S.F., *Developmental Biology*, 5<sup>th</sup> ed., Sinauer, Sunderland, MA, 1997; CARLSON, B.M.; *Embriología Humana y Biología del Desarrollo*, 2<sup>a</sup> ed., Harcourt, Madrid, 2000.

en la **zona pelúcida**, esto es, en la membrana amorfa que rodea al ovocito. Las células del macizo celular interno se consideran **células troncales embrionarias** ya que son capaces de originar a todas las células del organismo adulto. El trofoblasto, por su parte, formará los tejidos extraembrionarios necesarios para interactuar con la madre después de la implantación.

Luego de esto tiene lugar la implantación, que requiere la aposición y adhesión del embrión a la superficie interna del útero o **epitelio del endometrio** que, gracias a las hormonas ováricas se ha vuelto **receptivo**. En esta fase de adhesión se liberan moléculas que separan a las células que revisten el endometrio, permitiendo el ingreso del blastocisto hasta el tejido subyacente, el **estroma endometrial**, donde se encuentran los vasos. El trofoblasto prolifera e invade el estroma para formar los tejidos extraembrionarios que, junto con el estroma y los vasos maternos formarán la **placenta**. En cada uno de estos pasos ocurre un intenso diálogo molecular entre el embrión y las células de la madre <sup>4</sup>.

Ocasionalmente, el embrión puede implantarse en sitios anormales, tales como la trompa uterina. Estos embarazos se denominan **embarazos ectópicos** y suelen asociarse con anomalías anatómicas o disfunciones hormonales que retardan el transporte del embrión hacia la cavidad uterina.

La implantación es el único marcador indiscutible de la receptividad uterina hacia el blastocisto. Como la implantación en el humano nunca ha sido observada directamente, el mejor marcador indirecto es una hormona producida por el embrión: la **gonadotrofina coriónica**, base de las pruebas para detección del embarazo. Su producción comienza precozmente y la expresión de su ARN mensajero ha sido detectada en embriones de 8 células. Sin embargo, los niveles de gonadotrofina en sangre y en orina permanecen bajos y no detectables hasta que comienza el proceso de implantación. La detección abrupta de esta hormona y la elevación exponencial de sus niveles en la sangre y orina maternas indican el punto en que el embrión ha ocupado exitosamente el tejido materno y ha comenzado a formar su placenta <sup>5</sup>. Se ha demostrado coincidentemente que el aumento inicial de gonadotrofina

---

4. Cfr. GIUDICE, L.C., "Potential biochemical markers of uterine receptivity", *Hum. Reprod.* 1999, 14 Suppl 2:3-16.

5. WILCOX, A.J., BAIRD, D.D. y WEINBERG, C.R.; "Time of Implantation of the Conceptus and Loss of Pregnancy", *NEJM* 1999, 340:1796-1799.

coriónica detectable en la orina ocurre de 6 a 12 días después de la ovulación, aunque en el 84% de los casos ocurre entre los días 8, 9 y 10 <sup>6</sup>.

b) Los fenómenos de la fertilización: el comienzo de la vida de un nuevo individuo humano.

Las células humanas tienen dos copias de la información genética, una proveniente de la madre y otra proveniente del padre. Cada copia corresponde a un juego de 23 cromosomas, 23 donados por la madre y 23 por el padre. Como cada célula tiene dos juegos, se dice que tiene número **diploide** de cromosomas. Las células germinales sufren un proceso de división especial, denominado **meiosis**, que las deja con un juego único de cromosomas. Se dice que las células germinales, a diferencia de las células somáticas, tienen número **haploide** de cromosomas.

Además de su núcleo haploide, cada espermatozoide posee un sistema de propulsión, y un saco de enzimas, **acrosoma**, para la penetración de la **zona pelúcida**, la membrana amorfa que rodea al ovocito. La zona pelúcida posee receptores que intervienen en la unión del espermatozoide con dicha membrana. Esta unión primaria dispara la activación de las enzimas acrosomales del espermatozoide (**reacción acrosómica**). También induce modificaciones de la zona pelúcida que impedirán la unión de otros espermatozoides. Las enzimas activadas en el acrosoma perforan la zona pelúcida y en aproximadamente 20 minutos las membranas del espermatozoide y del ovocito quedan frente a frente. Estas membranas se **fusionan** rápidamente, iniciándose entonces un proceso irreversible de modo coordinado y continuo: es el **comienzo de la vida de un nuevo individuo humano**.

Ese nuevo individuo humano tiene un ADN propio y diferenciado de su madre y de su padre. Luego de la fusión ya sólo se verifica crecimiento y desarrollo de lo que está inscripto en su código genético. La madre, que a partir de entonces aporta alimentación y protección al nuevo ser, ya no le aportará nada que cambie o diferencie su estructura genética.

Después de la fusión, ya no hay membrana del ovocito ni membrana del espermatozoide. Ahora hay una membrana única, que rodea a un citoplasma

---

6. *Ibidem.*

único, que contiene el material genético aportado por ambos padres. Posee todos los elementos de señalización necesarios para controlar la expresión de los genes maternos y paternos durante el desarrollo pre y postnatal.

Las primeras actividades del embrión son:

— completar la segunda división meiótica del ovocito, para lograr la cantidad haploide de información genética

— remodelar el núcleo del espermatozoide.

Las primeras horas de vida de la cigota están dedicadas a la descondensación de la cromatina, tanto la aportada por el padre como la aportada por la madre. Se forman así los **pronúcleos** masculino y femenino, que aparecen entre 3 y 10 horas después de la fertilización.

Aunque rodeados por envolturas diferentes, los pronúcleos femenino y masculino comienzan sincrónicamente las actividades que los llevan a la primera división celular o mitosis mucho antes de que ésta sea evidente. La fase **S** del ciclo celular, es decir, la fase de síntesis o duplicación del ADN comienza entre 8 y 14 horas después de la fecundación, completándose entre las 10 y 18 horas. La información genética fue duplicada mucho antes de la visualización de la singamia (unión aparente de los pronúcleos). Esta simplemente marca el inicio de la **mitosis**, o fase de división celular. Esta división comienza entre las 22 y 31 horas, mientras que el **clivaje** al estadio de 2 células ocurre entre las 25 y 33 horas <sup>7</sup>.

### c) Cigotas, embriones y fetos

La cigota, término que describe al embrión más joven, se inicia con la fecundación. No puede decirse, como lo hacen ciertos autores, que comienza con la primera división mitótica. Cuando esa división ocurre, el embrión humano ha vivido casi 24 horas, que fueron empleadas en los procesos de activación genómica y metabólica descritos anteriormente. Para cualquier célula del organismo, la mitosis es apenas una fracción de su ciclo vital. Decir que el embrión humano no existe hasta el momento de la primera mitosis equivaldría a decir que las células de un organismo están muertas la mayor

---

7. Cfr. BALAKIER, H., MACLUSKY, N.J. y CASPER R.F., "Characterization of the first cell cycle in human zygotes: implications for cryopreservation", *Fertil. Steril.* 1993, 59:359-365; CAPMANY, G., TAYLOR, A, BRAUDE, P.R. y BOLTON, V.N., "The timing of pronuclear formation, DNA synthesis and cleavage in the human 1-cell embryo", *Mol. Hum. Reprod.* May 1996, 2:299-306.

parte del tiempo.

Durante la primera semana de su vida, el embrión no es simplemente un acúmulo de células. En cada momento de esa semana el embrión humano es un individuo vivo, completo en sí mismo, que posee cromosomas humanos y produce proteínas humanas. Aunque su forma es muy distinta a la de un feto, sus células ya han iniciado un programa de desarrollo que inexorablemente las llevará a adquirir la forma humana postnatal.

La división de la vida prenatal en fases o etapas es simplemente una argucia descriptiva. Aunque lo caractericemos como embrión pre-implantatorio, embrión implantado o feto, nunca deja de ser lo que es: un ser humano en desarrollo. El concepto de “pre-embrión”<sup>8</sup> es utilizado para justificar las investigaciones en embriones humanos autorizadas por el Warnock Committee Report (1984) del Reino Unido y el National Institute of Health (NIH) Human Embryo Research Report de 1994. Puede muy bien decirse que un niño es un “pre-adulto”, pero eso no modifica su condición de persona.

Uno de los argumentos utilizados para considerar que el embrión no es realmente persona hasta después de la segunda semana post-fertilización se basa en las propiedades de **regulación** que tienen las células embrionarias, es decir, la capacidad de cambiar su destino en las etapas tempranas del desarrollo. Dijimos previamente que las células del macizo celular interno son potencialmente capaces de originar todas las células del organismo adulto y que por eso se las denomina células troncales embrionarias. El nombre representa gráficamente la existencia de un tronco común, que da numerosas ramas, cada una de las cuales se **diferencia** para originar los tejidos y estructuras del adulto. Las células del macizo celular interno poseen una gran **potencialidad evolutiva**. Es decir, pueden diferenciarse por distintos caminos, incluyendo la posibilidad de formar no un solo embrión, sino dos.

Experimentalmente, si se toman las células troncales embrionarias y se las separa artificialmente para cultivarlas “in vitro”, se puede controlar su camino de diferenciación. Es decir, podemos hacer que se dividan constantemente, o que dejen de hacerlo y comiencen a diferenciarse en determinado sentido (por ejemplo como células musculares) según el protocolo

---

8. GROBSTEIN, C.; *Science and the Unborn: Choosing Human Futures*, Basic Books, Inc., New York, 1988.

de incubación. También es posible, en embriones de animales, introducir estímulos físicos o químicos que determinan la duplicación de los ejes corporales con el consiguiente desarrollo gemelar. De esto se infiere que es posible cambiar el destino, es decir, el sentido de diferenciación de las células del embrión temprano. Esta potencialidad no les quita valor humano. Para hacer una analogía podemos imaginar un grupo de niños de edad pre-escolar. Todavía deben madurar diversas funciones, hacer elecciones de modo de vida, sufrir los embates de las circunstancias y muchas otras cosas antes de que se pueda decir que éste es un hombre de tales y cuales características. Sin embargo, ninguno de esos niños deja de ser una persona porque todavía no ha decidido o concretado su futuro de adulto.

Por otra parte, debe aclararse que, cuando las células troncales se encuentran en el embrión su destino final no es azaroso. Depende de precisas interacciones con las células vecinas, que controlan la activación del genoma en cada una de ellas. Los ejes corporales, que recién se visualizan a fines de la segunda semana de vida, son precedidos por la activación anatómicamente ordenada de los genes que determinan la aparición de esos mismos ejes. Esta activación ocurre al comenzar la segunda semana y probablemente refleja eventos que sucedieron durante la primera semana de vida. Por ejemplo, en ciertas especies animales, la ubicación de los ejes corporales queda condicionada por el sitio de entrada del espermatozoide.

#### d) Conclusiones para la biología

De este modo, desde la óptica biológica, con consecuencias para la medicina cabe concluir de manera contundente que todo individuo de la especie humana comienza su existencia cuando el espermatozoide humano penetra en el citoplasma ovular. Dependiendo de diversos factores, esto ocurre entre unos pocos minutos y hasta seis días después que el esperma ha sido depositado en la vagina. En este momento se produce la fertilización y la formación simultánea de un embrión, con características únicas y diferenciales del padre y de la madre. Consecuentemente, desde este instante HAY UN NUEVO SER HUMANO.

## II. LAS NORMAS CON JERARQUIA CONSTITUCIONAL QUE SE

## REFIEREN AL INICIO DE LA VIDA DE LA PERSONA HUMANA.

El proyecto legislativo arriba mencionado, generado en la Comisión de Salud de esa Cámara de Diputados, supone un abierto y frontal rechazo al derecho humano más elemental y primario, como es el de la vida, reconocido desde la concepción, como se verá, en varias normas con rango constitucional en nuestro país: la propia Constitución y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

### a) La normativa del propio cuerpo de la Constitución Nacional

Como se ha mencionado, el sistema jurídico argentino reconoce el primordial derecho a la vida de todo ser humano desde su concepción. En primer lugar, lo hace en el cuerpo de la misma Constitución Nacional. En efecto, a partir de 1860 el art. 33, dedicado a los derechos no enumerados, reconoce de modo implícito este derecho, como ha sido reconocido por la Corte Suprema, la Academia Nacional de Derecho y calificadísima doctrina <sup>9</sup>.

Es también relevante el art. 29 de la Ley Fundamental, en cuanto consagra que no se pueden conceder facultades, poderes, sumisiones o supremacías “por las que la vida” de los argentinos (cualquiera de ellos, también las personas por nacer) “queden a merced de gobiernos o persona alguna”.

Por último, en cuanto al *corpus* mismo de la Constitución, cabe mencionar que la reforma constitucional de 1994 incidió también en este tema. En virtud de ella, ahora el mismo texto constitucional reconoce expresamente la personalidad jurídica al niño desde la concepción, consagrando indirectamente el derecho a la vida desde ese momento, ya que incluye como art. 75, inc. 23, 2º párr., una norma que impone al Congreso el cometido de “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del *niño* en situación de desamparo, *desde el embarazo* hasta la

---

9. Cfr. C.S.J.N., “Saguir y Dib”, Fallos 302:1284 (1980). Ver también ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, “Declaración” aprobada por unanimidad en su sesión del 11 de agosto de 1994 (Publicada en diario *Clarín* del 19-VIII-1994); BIDART CAMPOS, G.J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1993, I, 326 y 470; BIDART CAMPOS, G.J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, 377; y SAGÜES, N.P., “Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* 14 (1985) 103, 111.

finalización del período de enseñanza elemental”. Luego, el embrión en el vientre de la madre es, constitucionalmente, un niño que está en situación de desamparo y que el Congreso (y el resto de los poderes públicos) debe proteger.

Nótese que, de convertirse en ley el proyecto aquí cuestionado, el Congreso de la Nación no sólo estaría haciendo caso omiso al cometido constitucional del inciso 23, 2º párr., del art. 75, sino que, contraria e incoherentemente, estaría ayudando a eliminar al titular del derecho que ese mismo precepto consagra.

b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Se sostiene allí, en el art. 1: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Contrariamente a lo dispuesto en el proyecto cuestionado, el texto otorga a *todo ser humano* tanto la calidad de persona como su correspondiente derecho a la vida, independientemente de su grado de desarrollo vital.

c) La Declaración Universal de Derechos Humanos

Se establece en el art. 3 de la Declaración que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Una vez más, el texto no distingue entre distintas categorías humanas, sino que reconoce la calidad de persona y el derecho a la vida a todo individuo humano, también a aquellos que se encuentran en estadios de cigota, embriones o fetos.

d) La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Se prescribe en el art. 1.2 de la Convención que “Todo ser humano es persona”, y poco después, en el art. 4, que “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. 2. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En primer lugar, la Convención no establece distinciones entre categorías

de seres humanos, sino que reconoce a todo ser humano por igual su calidad de persona (art. 1.2). En segundo orden, la Convención afirma en su cuarta norma que toda persona tiene derecho a la vida, nuevamente sin establecer distinción alguna entre eventuales categorías de seres humanos/personas. Seguidamente, pone en cabeza de los Estados firmantes la obligación internacional de proteger legalmente el derecho a la vida de todo ser humano, en general, desde la concepción. Finalmente, enuncia la obligación internacional estatal de asegurar que nunca se prive a nadie de la vida arbitrariamente.

La expresión “en general” contenida en el primer inciso del artículo 4 no puede llevar a habilitar una supuesta facultad de matar, en contra de lo dispuesto por todo el artículo, y en especial desvinculándose de la obligación del Estado, enunciada en el segundo inciso, de asegurar que no se prive arbitrariamente de la vida a ninguna persona. La cuestión radica en determinar el significado de la noción “arbitrariedad” en el Pacto de San José de Costa Rica. Pues bien, a la luz de los precedentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es arbitrario todo acto que prive de un derecho otorgado por la Convención a un ser humano que no ha participado de ninguna manera en los hechos que han dado origen al caso concreto <sup>10</sup>. Según esto, las eventuales excepciones a la obligación estatal de proteger la vida desde la concepción deberán referirse *exclusivamente* a personas que hayan tenido alguna participación o culpa en el hecho que dio origen a la desprotección de su vida, como sería el caso del autor de delitos penales de suma gravedad sancionados con la pena de muerte en la legislación de algún país firmante. Parece claro que el sujeto por nacer jamás puede considerarse autor ni participe de hecho voluntario alguno y, menos aún, de un hecho que justifique el retiro *razonable* de la debida protección legal de su vida.

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Se dice en el considerando 1° de este Pacto que: “todos los miembros de la familia humana tienen derechos iguales e inalienables, que se derivan de la

---

10. Cfr. *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 16, pp. 22, 23 y 33; *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 35, pp. 26 y 27; *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 63, pp. 59 y 60; *Corte I.D.H.*, Serie A, N° 4, p. 21; *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 74; *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 94, párrs. 103, 104 y 106.

dignidad de la persona”. Poco después, en el art. 6.1, se establece que el primer derecho “inherente a la persona humana” es la vida, que “será protegido por la ley” y del cual nadie podrá ser privado arbitrariamente.

El texto no deja lugar a dudas: en primer término, todo ser humano sin distinción es persona. En segundo orden, toda persona/ser humano tiene derecho a la protección legal de su vida. Sobre la privación arbitraria de la vida, ver lo dicho con relación a la Convención Americana.

f) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este Pacto es citado aviesamente por el proyecto de ley que estamos cuestionando. En efecto, el artículo 3 del proyecto afirma que “la aplicación de la presente ley garantiza el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental conforme lo prescripto por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, haciendo así referencia al párrafo 1 de dicho artículo 12. Olvida, en cambio, que el párrafo 2 de ese mismo artículo dice: “entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y el sano desarrollo de los niños”. Si, como ya hemos señalado, nuestra Constitución considera en su artículo 75, inc. 23, párr. 2do, que hay un niño ya durante el embarazo, y lo mismo hace la Convención de Derechos del Niño que seguidamente analizaremos, no puede menos que deducirse que la referencia del artículo 3 del proyecto de ley que criticamos es parcial y errónea.

g) La Convención sobre los Derechos del Niño

Se trata, quizá, de la norma con jerarquía constitucional que se refiere de modo más claro y contundente a la cuestión que se viene mencionando. Se dice allí, en el art. 1º, que es 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”. Poco después, se establece en el art. 6 que: “1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la

supervivencia y el desarrollo del niño.”

Una vez más la claridad del texto es meridiana: *todo ser humano* menor de dieciocho años o de la mayoría de edad legalmente establecida, independientemente de su edad y grado de desarrollo, es “niño” y tiene derecho a la vida, vida que no solamente no deberá ser dañada, sino que más aún deberá ser garantizada en su desarrollo por el propio Estado.

Como si fuera poco, la Argentina emitió una declaración interpretativa que modaliza la Convención con respecto a nuestro país y forma parte del compromiso internacional adquirido frente a los demás Estados parte. En esa declaración se afirma que “se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de la concepción” (art. 2 de la ley 23.849). Conviene hacer notar que la declaración interpretativa sobre el alcance que el país daría a la Convención, emitida en el momento de adherirse, tiene también rango constitucional, ya que forma parte de “las condiciones de su vigencia” para Argentina (art. 75, inc. 22, de la Constitución).

h) Conclusión sobre la normativa constitucional relativa al derecho a la vida del no nacido

Las normas del cuerpo de la Constitución y los instrumentos internacionales arriba expuestos permiten concluir que cualquier distinción entre “ser humano” y “persona” es contraria a los principios más elementales y fundantes de nuestro ordenamiento constitucional. A la luz de esto, todo ser humano, desde el primer momento de su existencia, esto es, desde el instante mismo de su concepción, es persona para el Derecho y merece el reconocimiento y la garantía de todos sus derechos fundamentales, empezando por el soporte existencial de todos ellos: el derecho a la vida. Pretender regular por ley un procedimiento para eliminar la vida de una persona humana, cualquiera sea su instancia vital, es legalmente contradictorio e inconstitucional.

### III. LA PRINCIPAL Y MAS RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION SOBRE EL INICIO DE LA VIDA DE LA PERSONA HUMANA

En coincidencia con lo señalado, la Corte Suprema en el caso “Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación” <sup>11</sup>, ha afirmado que las opiniones que separan el momento de la fertilización del momento de la concepción de un nuevo ser humano carecen de todo sustento científico <sup>12</sup>. Así, en nuestro sistema de derechos y garantías constitucionales, hay persona desde el momento mismo de la concepción del ser humano, y hay un nuevo ser humano desde el momento mismo de la fertilización.

En el mismo sentido se ha expedido recientemente la Corte Suprema, con su actual composición, en el fallo: S. 1091. XLI.Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art.6 ley 24.411 (RESOL 409/01) de fecha 22 de mayo ppdo., donde expresamente se reconoce el derecho a la vida de la persona por nacer al conceder una indemnización por daños a la "abuela" de un nonato asesinado junto a su madre durante la dictadura.

En esta ocasión la Corte afirmó que *“el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de fallos 323:1339, entre muchos), **derecho presente desde el momento de la concepción**, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”*<sup>13</sup> (énfasis agregado).

Para reconocer el derecho de la abuela, actora en la causa, la Corte manifestó que *“la señora Elvira Berta Sánchez resulta ser ‘causahabiente’ de **la beba fallecida que está a punto de nacer**”*<sup>14</sup> (énfasis original del fallo), lo que claramente pone de manifiesto el carácter de persona de quien, estando en el vientre materno, aún no ha nacido. Esta persona es “la beba” a que se refiere la Corte en el voto de la mayoría.

---

11. P. 709.XXXVI, sentencia del 5 de marzo de 2002.

12. Cfr. *idem*, cons. 4 a 8, con opinión coincidente del Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, del 24 de abril de 2001.

<sup>13</sup> CSJN “Sanchez, Elvira c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” Del dictamen del procurador Ricardo Bausset de fecha 28 de febrero de 2006 y del voto de los Ministros Elena Highton de Nolasco y Eugenio Zaffaroni

<sup>14</sup> CSJN “Sanchez, Elvira c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” del voto de la mayoría.

#### IV. INVIABILIDAD JURIDICA DE DICTAR UNA LEY QUE REGULE EL PROCEDIMIENTO DE LOS ABORTOS NO PUNIBLES ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 86 DEL CODIGO PENAL

##### a) El aborto es siempre un delito

Como es bien sabido, el art. 86 del Código Penal Argentino regula claramente dos casos de abortos no punibles: 1) el llamado aborto terapéutico; 2) el denominado aborto eugenésico.

La regla general es la punición de los abortos y los dos supuestos mencionados aparecen entonces como una excepción a esa regla. La sola lectura del Código pone de manifiesto que ello es así.

Ahora bien, el hecho de que la legislación penal no penalice ciertos supuestos de aborto no implica que esa conducta sea valorada positivamente por el derecho y que por lo tanto deba ser reglamentada, autorizada o aún obligatoriamente impuesta su realización a los médicos y a las instituciones de salud públicas o privadas. Muy por el contrario, cuando se trata de proteger los derechos humanos, como lo es el derecho a la vida, la tutela penal es una obligación primaria del Estado. Ello ha venido siendo sostenido de manera constante por la Corte Interamericana en numerosos fallos desde el caso Velásquez Rodríguez hasta la fecha.

En materia penal, las excepciones al castigo de los atentados contra los derechos más básicos de las personas pueden darse en tres niveles: 1) Como excusas absolutorias (existe hecho antijurídico y culpable que no se castiga por determinadas razones de política criminal); 2) Como causas de disculpa (existe un hecho antijurídico pero se considera que no es culpable, porque quien lo comete no pudo comportarse conforme a derecho, por ejemplo porque se veía amenazado de sufrir un mal equiparable al que causa); 3) Como causa de justificación (el hecho es típico, es decir valorado en principio negativamente por el derecho, pero se tolera extraordinariamente su realización como forma de defensa ante una agresión ilegítima o como forma de evitar un mal mayor al que se causa).

Los abortos no punibles, no pueden ser válidamente considerados causas de justificación. En primer lugar por cuanto no se da una situación de

defensa. La persona por nacer no puede ser considerado un agresor frente al cual sea necesario reaccionar quitándole la vida. El presupuesto básico de las defensas justificadas es que, aquel cuyo bien jurídico se lesiona, haya iniciado una agresión ilegítima. Tampoco mediante el aborto se da una situación de necesidad justificante. Para que tal situación se configure, se tiene que causar un mal menor por evitar uno mayor. La vida es el bien jurídico más básico, que posibilita el goce de todos los demás derechos reconocidos. La superioridad del bien vida impide que ella pueda ser válidamente sacrificada para el logro de otros fines sociales o individuales. Quitar la vida a alguien, nunca es “el mal menor” ante la necesidad de evitar otros males. A lo sumo si el dilema se plantea entre la vida de la madre y la vida de la persona por nacer podríamos estar ante bienes equiparables según nuestro derecho, pero aún ello es discutible como se verá a continuación.

Tampoco cabe considerar los abortos no punibles como casos de disculpa. En efecto, ni la salud de la madre ni, muchísimo menos, los oscuros motivos eugenésicos (legado de pseudoteorías superadas que discriminaban a las personas con capacidades disminuidas) son equiparables al bien jurídico vida de la persona por nacer. Esto no es una pura afirmación ideológica. Tal como ha sido explicado, el derecho a la vida de la persona por nacer está expresamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico con rango de derecho constitucional. Por otro lado, aún cuando se sostenga que los casos de riesgo para la vida de la madre ameritarían la disculpa del delito de aborto, es importante destacar que aún así estaríamos ante una acción constitutiva de un ilícito penal. Además, aún en estos supuestos, la peculiar situación de desamparo y vulnerabilidad del no nacido (art. 75 inc. 23 C.N.) requieren que se contemple de manera especial su situación, con lo cual la posibilidad de equiparación también queda en tela de juicio.

Siendo ello así, solo cabe considerar a los abortos previstos en el art. 86 del Código como meras excusas absolutorias, la mayoría de las cuales (aborto eugenésico, aborto en caso de riesgo para la salud de la madre) ni siquiera son compatibles con el sistema constitucional hoy vigente. Existen en el Código Penal otros supuestos de excusas de esta índole, como por ejemplo el art. 185, en el que se evita penar ciertos casos de hurtos, fraudes y daños cuando son cometidos entre parientes. La idea rectora es que, si bien estamos ante auténticos delitos, se evita en casos muy excepcionales el recurso a la pena a

fin de evitar otras consecuencias disvaliosas que esa sanción penal pueda generar.

A partir de lo expuesto, resulta jurídicamente insostenible una regulación exhaustiva sobre cómo y cuando cometer el delito de aborto, como si existiera en nuestro ordenamiento un derecho a abortar. No punición del aborto no es, de ningún modo, sinónimo de derecho a abortar.

En el caso de las excusas absolutorias esto es patente. Sería por ejemplo absurda una ley que regulara a qué día y hora los hermanos convivientes pueden hurtarse o defraudarse entre sí, solo porque el Código Penal no castiga esos delitos. La misma argumentación resulta trasladable a los abortos no punibles. El artículo 1 del proyecto de ley que nos ocupa incurre en esta grave confusión al pretender que las mujeres tienen “el derecho a la interrupción del embarazo en los casos de abortos no punibles”.

En los casos de disculpa esto es igualmente evidente. El que no se castigue a una persona que cometió un ilícito porque se considere que no estaba en condiciones de comportarse conforme al derecho, no quita nada al hecho de que su conducta es igualmente antijurídica y por lo tanto no está autorizada por el ordenamiento jurídico.

Pero aún cuando se considerase, erróneamente, que los abortos no punibles constituyen causas de justificación, sería igualmente inaceptable una ley que regulara detalladamente su realización como si existiera un derecho a abortar. Pues las justificaciones son conductas meramente autorizadas (toleradas) por el derecho, pero no queridas ni fomentadas por él. Esto se puede ilustrar con mucha claridad examinando el caso de la legítima defensa: Es evidente que, en algunas situaciones extremas en las que no queda otra alternativa, la ley autoriza a matar a quien emprende una agresión ilegítima. Pero esto no quiere decir de ningún modo que exista un “derecho a matar” en cabeza de los ciudadanos, por el cual puedan exigir que el Estado les provea, por ejemplo, de las armas adecuadas, o del entrenamiento correspondiente para poder defenderse. Semejante legislación sería un absurdo jurídico, por muy reconocida que esté la legítima defensa en nuestro Código Penal.

#### b) Conclusión para el Derecho Penal

Como quedara dicho entonces, así como no existe un derecho a matar que obligue al Estado o a los particulares a proveer los medios necesarios para

ejercerlo, no existe en nuestro país un derecho a abortar. Muy por el contrario, el sistema jurídico argentino reconoce con claridad el derecho a la vida de todo ser humano desde su concepción.

En este contexto, cualquier norma reguladora por la que el aborto se transforme en una práctica generalizada para ciertos casos, o aún exigida a los profesionales y a las instituciones de salud, no puede menos que ser considerada como evidentemente inconstitucional.

#### **4. CONCLUSIÓN FINAL**

Todo lo anterior permite concluir que el proyecto legislativo nacido en la Comisión de Salud de esa Cámara de Diputados que persigue la regulación de un procedimiento para aplicar a los casos de abortos no punibles previstos en el artículo 86 del Código Penal, contradice abiertamente no sólo nociones elementales de biología con consecuencias en la medicina, que claramente implican la diferenciación absoluta entre cigota/embrión y madre, sino también lo reconocido por la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y el propio Código Penal. Se pone así en evidencia, como se mencionó más arriba, la manifiesta y palmaria inconstitucionalidad de la ley que resultase de tal proyecto, por lo que no corresponde continuar con su tratamiento.

Saludo a Ud. Con mi más distinguida consideración

.....

**PROF. DR. JOSÉ ALEJANDRO CONSIGLI**

Rector de la Universidad Austral

D.N.I. N° 11.194.377