

El “derecho al aborto” ante el Congreso

*Alfredo M. Vítolo**

Resumen

Superando las discusiones sobre el tema, el constituyente de 1994 otorgó a la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia (esto es, tal y como la Argentina se obligó internacionalmente), jerarquía constitucional. En razón de que el alcance de dicha obligación del estado reconoce al “niño desde la concepción”, toda norma de rango inferior que desconozca dicha afirmación resulta inconstitucional. Los proyectos de ley actualmente en trámite ante el Congreso Nacional no superan el test constitucional.

Palabras clave: aborto, Constitución Nacional, tratados internacionales, jerarquía de derechos, derechos de la mujer, persona por nacer.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (1985); Master of Laws, Harvard Law School, EE.UU. (1989); Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Buenos Aires; Profesor visitante invitado en cursos de grado y posgrado en diversas universidades argentinas y del exterior. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Asesor Legal de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación; avitolo@derecho.uba.ar.

The “Abortion Right” in Congress

Abstract

Overcoming the different positions on the matter, the constitutional convention in 1994 granted “constitutional hierarchy” to the International Convention on the Rights of the Child, in the full force of its provisions (i.e. as the Argentine Republic obliged itself internationally). To the extent that obligation expressly recognizes that a child exists since conception, any law of lower hierarchy becomes unconstitutional. The bills before Congress do not pass constitutional muster.

Keywords: Abortion, Argentine Constitution, International Law and Treaties, Hierarchy of Rights, Women’s Rights, Unborn Person.

En estos días, el Congreso Nacional ha comenzado a debatir, en primer término la Cámara de Diputados, acerca de la posibilidad de despenalizar el aborto. Los proyectos en discusión, en lo esencial, plantean permitir a las mujeres, sin limitación alguna, abortar los fetos que llevan en su seno, durante las primeras catorce semanas de gestación, y estableciendo restricciones al aborto a partir de ese momento.¹

Los proyectos modifican radicalmente el régimen legal actualmente vigente, según el cual el aborto constituye una conducta prohibida, un delito contra las personas, que admite sin embargo ciertas causales de no punibilidad.²

En el marco de la discusión legislativa, las comisiones de la Cámara de Diputados que tienen a su cargo dictaminar los proyectos presentados han convocado a expositores con posturas diversas quienes, desde distintos ángulos –religiosos, médicos, éticos, biológicos y jurídicos, entre otros–, pretenden informar a los diputados acerca de las distintas aristas que presenta esta cuestión, desde ya compleja. La dinámica seguida por la Cámara

1. El proyecto de ley fue finalmente aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación el 13 de junio de 2018 y ha pasado en revisión al Senado en donde tramita por expediente CD 22/18.

2. Código Penal, artículos 85 a 88.

es loable y poco común: no siempre los legisladores se muestran dispuestos a escuchar visiones divergentes y a considerar las mismas. El debate democrático se fortalece con mecanismos como este. Es de esperar que se mantenga la práctica frente a otras temáticas.

Habiendo sido convocado a participar exponiendo mi postura sobre el tema, intenté realizar la exposición desde la visión de mi ámbito profesional, el jurídico, y desde la posición del derecho constitucional y del derecho de los derechos humanos. No pretendí incursionar ni en la biología, ni en la teoría moral, ni tampoco en aspectos religiosos, cuestiones sobre las que otros expondrían con más conocimiento. El legislador debe, necesariamente, sopesar todas las variables al resolver los temas que son llevados a su discusión y decisión.

Reconociendo que los derechos individuales no son criaturas del derecho positivo, la positivización –sea en textos legales nacionales o internacionales– cumple con la finalidad de facilitar a los individuos el reconocimiento de sus derechos, permitiéndole al intérprete no tener que recurrir a argumentaciones morales o filosóficas para alegar su existencia. En este sentido, las constituciones nacionales primero, y luego los tratados internacionales, han procurado reconocer expresamente los principales derechos de la persona humana, positivizándolos. Así, encontramos normas precisas y claras tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, que nos hablan expresamente de la protección de la vida, del derecho a la libertad física y ambulatoria, de la prohibición de tortura, de la prohibición del genocidio, del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, entre muchos otros.

En este aspecto, debemos comenzar nuestra argumentación por señalar que ni nuestra Constitución, ni ningún instrumento internacional de derechos humanos del cual nuestro país sea parte, reconocen la existencia de un “derecho al aborto” como un derecho autónomo o expreso.

Si bien, como ya señalamos, la no positivización no es determinante para decidir acerca de la existencia o no de un derecho, no deja de sorprender que si el derecho al aborto fuese un derecho tan fundamental como se alega, no existan afirmaciones expresas del derecho al aborto en constituciones nacionales o en tratados internacionales, como sí ocurre con otros.

Es más, en el ámbito del derecho internacional, el análisis de los debates que llevaron a la adopción de aquellos tratados que podrían haber incorporado en sus textos la existencia de un derecho autónomo al aborto lleva a

la conclusión de que los tratados dejaron que fueran los estados, en su derecho interno, quienes definieran la cuestión. Así, por ejemplo, puede mencionarse que al discutirse el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el proyecto inicial reconocía la protección de la vida humana desde la concepción, incorporándose –a instancias de aquellos países que reconocían en sus legislaciones internas un derecho al aborto– la calificación de que tal protección sería “en general”, con lo que abrió la puerta para que aquellos estados pudieran suscribir la cláusula y ratificar el tratado.³

En este sentido, debemos señalar que las recomendaciones u opiniones que al respecto han vertido algunos organismos internacionales, tanto del sistema interamericano como del sistema universal, no son sino precisamente eso, opiniones, que no poseen fuerza alguna como derecho vinculante para nuestro país, cualquiera sea la interpretación que pretenda darse al derecho internacional en el cual se fundan, ni mucho menos pueden suplantar

3. La propuesta de incorporar la frase “en general” fue realizada a instancias de la Comisión Interamericana con el propósito de obtener la aprobación de la disposición por aquellos estados que tenían reconocido el aborto en sus legislaciones. Ver “Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos” en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos. 1968*; ver también, “Observaciones y enmiendas al proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el gobierno del Brasil” - Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos - Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, p. 121, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf>. En similar sentido se expresaron los Estados Unidos en su respuesta a la CIDH en el caso “Baby Boy” - CIDH, Resolución N°23/81, Caso 2141, párrafo 14. Como sostiene la ex presidente de la Corte Interamericana de DDHH, Cecilia Medina: “Como puede observarse, se desprende de la historia del tratado que la expresión ‘en general’, fue agregada al texto original con el preciso fin de conciliar la posibilidad de que las legislaciones nacionales permitieran el aborto, y que la propuesta de suprimirla no fue aceptada, por lo que, de basarse la interpretación de una disposición no clara en los trabajos preparatorios, habría que concluir que el párrafo 1 del artículo 4 no impide la facultad de los Estados de permitir el aborto en las circunstancias que ellos determinen” (Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia - Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2003, p. 71).

la voluntad expresa manifestada por los estados al obligarse en virtud del tratado.

Es pues, dentro de este marco, que realizaremos nuestro análisis.

Si tomamos como principio y regla fundamental la libertad y la igualdad intrínseca del ser humano, los derechos de este se manifiestan siempre en clave de conflicto. Por eso, toda discusión sobre la cuestión del aborto debe realizarse hallando en primer lugar los derechos confrontados y luego ponderando los mismos.

Quienes se muestran favorables al llamado “derecho al aborto”, lo encuentran derivado de los derechos a la dignidad de la mujer (en el caso – principalmente– de violación), de sus derechos sexuales y reproductivos, o del derecho a su salud física o mental. Estos derechos son ciertamente fundamentales pero, como cualquier otro, deben compatibilizarse en su ejercicio con los derechos que puedan enfrentárseles.⁴

No escapa a nuestro análisis que hoy en día la discusión sobre el aborto se encuentra teñida por la realidad de que muchas mujeres, imposibilitadas de acceder a un “aborto seguro”, optan por recurrir a métodos abortivos que ponen en riesgo su vida. Pero este argumento es meramente efectista. No toma en consideración los derechos que se ven enfrentados en una situación de aborto y parte por considerar válida la premisa cuya validez constituye, precisamente, el punto en discusión, esto es, que la mujer posee el derecho a abortar.

La respuesta al interrogante está lejos de ser simple y requiere, como paso previo, el determinar cuál es la naturaleza jurídica del embrión y del feto humano.

Debemos recordar que el razonamiento de la Corte Suprema de los EE.UU. en el célebre caso *Roe c/Wade*, parte de una pregunta previa: ¿Reconoce la Constitución de los EE.UU. algún nivel de vida prenatal? Y lo hizo en estos términos: “si pudiera determinarse que [el feto] es persona, el caso del apelante, por supuesto, colapsaría, ya que el derecho a la vida del feto entonces estaría garantizado específicamente por la Constitución”.⁵

4. Como señala nuestra Constitución Nacional en su artículo 14, “todos los habitantes de la Nación gozan de [...] derechos, conforme las leyes que reglamentan su ejercicio”.

5. 410 U.S. 113 (1973).

Y es aquí, precisamente, donde radica la discusión sobre el llamado “derecho al aborto”. Si el feto no es persona, sino solo una cosa con potencialidad de serlo, los derechos de la mujer podrían prevalecer sobre los derechos atribuidos al feto. Pero si, en cambio, el feto es persona, si es ser humano, otro debe ser el análisis.⁶

Y en nuestro país, más allá de toda preferencia personal, y aun aceptando que puedan existir debates médicos o biológicos sobre la cuestión, desde 1994 el carácter de persona humana del feto se encuentra expresamente reconocido por normas jurídicas de jerarquía constitucional. No se trata, pues, como sostuvo, por ejemplo, en las exposiciones ante la Cámara de Diputados, el periodista Luis Novaresio de “imponer convicciones personales”,⁷ sino de realizar un análisis “sine ira et cum studio”, y con rigurosidad académica.

Ya el Código Civil, adoptado en 1869, señalaba que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”.⁸ Sin embargo, esta norma es de jerarquía infraconstitucional y, por lo tanto, desde una óptica puramente positiva, resultaba modificable libremente por una norma posterior de similar o superior jerarquía. Por ello, si bien la norma nos permite descubrir cuál era la visión de los hombres de aquella época sobre el tema, no resulta suficiente para descubrir la existencia de un derecho o para negar el mismo.

Al aprobarse en 1990 la Convención Sobre los Derechos del Niño, ante la falta de claridad del texto de la Convención que, con la ambigüedad propia de la dificultad ya señalada, se limita a reconocer como “niño a todo ser

6. Así lo reconoce, implícitamente, por ejemplo, Cecilia Medina Quiroga, quien sostiene: “Para interpretar la norma (se refiere al artículo 4 de la CADH), parto de dos ideas básicas. La primera es que la madre es una persona tanto en el ordenamiento jurídico de los Estados partes de la Convención como frente a la Convención misma y que, por consiguiente, es titular de todos los derechos humanos consagrados en ese tratado. La segunda es que el feto que no ha sido extraído del vientre de la madre, es dependiente de esta, no es una persona y, por lo tanto, no puede tener derechos por sí mismo, sino que solo a través de esta” (*op. cit.*, p. 73).

7. Exposición ante el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 10 de abril de 2018.

8. Código Civil, art. 70.

humano menor de dieciocho años de edad”,⁹ sin especificar desde cuándo se es niño, el Congreso Nacional instruyó al Poder Ejecutivo a que en el acto de ratificación realizara una “declaración interpretativa” indicando: “Con relación al art. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.¹⁰

Dicha declaración obliga a la República Argentina a respetar y asegurar la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención a las personas por nacer –niños con todo el alcance del término– y, en particular, a reconocer su “derecho intrínseco a la vida”, garantizado por el artículo 6 de la Convención. Este es, precisamente, el alcance con el cual nuestro país se obligó internacionalmente, toda vez que la declaración interpretativa integra, para nuestro país, el tratado mismo.

En 1994, la Convención Reformadora de la Constitución Nacional, tomando en cuenta expresamente estos argumentos, tal como surge de los debates en las comisiones y en el plenario, otorgó expresamente a la Convención sobre Derechos del Niño, jerarquía constitucional, “en las condiciones de su vigencia”, o sea, tal como el estado se ha obligado internacionalmente.¹¹ Como ha sostenido la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, las declaraciones interpretativas pretenden clarificar el sentido que el estado atribuye al tratado o a sus cláusulas, interpretando el planteo de buena fe y de conformidad con el sentido ordinario de los términos a la luz del tratado al cual la misma se refiere.¹²

Como expresó al exponer ante la Convención Constituyente de 1994 el representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Argentina sentaba un enorme precedente, al considerar que los derechos humanos comienzan a partir de que el individuo es concebido.

9. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1.

10. Ley 23.849.

11. CSJN, “Giroldi”, Fallos 318:514.

12. Yearbook of the International Law Commission, 1999, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-first session (A/CN.4/SER.A/1999/Add. L, Part 2), p. 107, disponible en [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1999_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1999_v2_p2_e.pdf).

En razón de lo expuesto, no cabe duda alguna de que, a partir de 1994, el derecho a la vida del feto-persona-niño goza de protección constitucional plena. Este argumento no puede soslayarse con afirmaciones dogmáticas o argumentos efectistas. Sorprenden así, aquellas argumentaciones escuchadas en el debate legislativo que cuestionan que se identifique a “feto” con “bebé”,¹³ o que manifiesten que el feto no es más que una “larva”¹⁴ o un “paquete de células” sin otra entidad. Estas argumentaciones no solo resultan grotescamente contrarias a la evidencia empírica y científica, sino que no se hacen cargo de la definición constitucional, que impone limitaciones insoslayables al accionar legislativo.

Ello, por supuesto, no significa negar la posibilidad de reglamentación –restricción– legal del derecho, ya que ningún derecho –ni siquiera el derecho a la vida– es absoluto, pero requiere modificar drásticamente el ángulo de análisis, confrontando los derechos de la mujer que se pretenden hacer valer, contra el derecho a la vida del feto-persona y no ya contra los derechos de una mera cosa con potencialidad de vida.

Por encontrarse, pues, en juego el derecho a la vida de una persona, un derecho fundamental, debemos someter cualquier intento de reglamentación al test más estricto de constitucionalidad, ello es solo admitir la restricción para proteger un interés público intenso y en la medida estrictamente necesaria para alcanzar dicho fin.

Y desde este punto de vista, somos de la opinión de que el derecho a la vida del feto-persona (derecho en un todo igual al de cualquier persona nacida) solo podría eventualmente ceder cuando se le opusiera un derecho de superior jerarquía. Ni el derecho a la privacidad (entre los que incluimos los derechos reproductivos de la mujer), ni la dignidad de la mujer violada, ni los eventuales sufrimientos psicológicos de la madre por llevar adelante un embarazo no deseado, superan el mencionado test. Por supuesto que la mujer que debe “soportar” un embarazo no intencional durante nueve meses sufre un menoscabo en sus derechos, pero este menoscabo también debe analizarse desde el principio de que tampoco el

13. Exposición de Nieves Ferreira ante el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 22 de mayo de 2018.

14. Exposición de Juan José Sebrelí ante el Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 24 de abril de 2018.

derecho de la mujer es un derecho absoluto y debe compatibilizarse con los derechos de los demás.

No desconocemos las graves consecuencias que los abortos ilegales practicados en condiciones de bioseguridad deficientes presentan en nuestro país, más allá de la inexistencia de estadísticas serias sobre el tema, pero aun cuando dichas consecuencias se solucionaran con la despenalización, ello no justificaría el condenar a la muerte (de eso se trata) a la persona por nacer, quien posee, como ya señalamos, un derecho intrínseco a la vida que corresponde al estado proteger. Existen múltiples alternativas que permitirían proteger el derecho de la mujer con menor afectación del derecho a la vida.

Adicionalmente, el estado debe asumir sus obligaciones de mejorar la condición social, la salud y educación de los grupos más vulnerables, para lo cual el Estado tiene –y debe utilizar– recursos, sin que su mayor costo económico o social puedan servir de excusa para la violación de un derecho reconocido constitucionalmente.

Tampoco creemos que pueda justificarse la existencia de un derecho al aborto sobre la base de los “derechos reproductivos de la mujer”. Debemos señalar que la salud sexual conlleva su ejercicio con responsabilidad y la asunción de las consecuencias de los actos libres. De lo contrario quedaríamos reducidos –en nuestra vida sexual– a meros animales privados de discernimiento y libertad. El ejercicio de nuestras libertades sexuales alcanza hasta el momento en que la decisión individual involucra a un tercero, a esa nueva vida humana creada como consecuencia de nuestros actos libres.

Por las razones expuestas, consideramos que los proyectos de ley en tratamiento ante el Congreso de la Nación no superan el test constitucional.

Bibliografía

Constitución de la Nación Argentina.

Código Penal de la Nación Argentina.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

Ley 23.849.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Dictamen relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el

- Consejo Interamericano de Jurisconsultos”, en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968.
- Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, “Observaciones y enmiendas al proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el gobierno del Brasil”, en Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos.
- CIDH, Resolución N°23/81, Caso 2141 “Baby Boy”.
- Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia - Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003.
- Corte Suprema de Justicia de los EEUU, caso *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).
- Debates del Plenario de Comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación - Sesiones informativas sobre los proyectos de ley de despenalización del aborto.
- CSJN, Caso “Giroldi”, Fallos 318:514.
- Yearbook of the International Law Commission, 1999, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-first session (A/CN.4/SER.A/1999/Add. L, Part 2).