

El acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y su constitucionalidad en la República Argentina

Access to the voluntary interruption of pregnancy and its constitutionality in the Argentine Republic

Isaac Marcelo BASAURE MIRANDA*

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar si la ley 27.610, que legaliza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina, es violatoria de la Constitución Nacional. Además, analiza si la legalización de la IVE, mediante ley 27.610, supone una violación de la CN. A los fines de responder a la precitada hipótesis, se estudiará el tratamiento que el ordenamiento jurídico nacional y los correspondientes tratados internacionales ratificados por la República Argentina, le han otorgado al tema objeto de estudio.

PALABRAS CLAVE: interrupción voluntaria del embarazo; aborto; Constitución Nacional argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze whether law 27,610, which approves access to the voluntary interruption of pregnancy, is in violation of the Argentine National Constitution. In addition, it analyzes whether the legalization

* Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina). Diplomado en derechos económicos, sociales y culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Contacto: <isaacbasaure@gmail.com>. Fecha de recepción: 15/02/2021. Fecha de aprobación: 02/05/2021.

of the IVE, through law 27,610, constitutes a violation of the CN. In order to respond to the aforementioned hypothesis, the treatment that the national legal system and the corresponding international treaties ratified by the Argentine Republic have given to the subject under study will be studied.

KEYWORDS: voluntary interruption of pregnancy; abortion: Argentine National Constitution; Inter-American Court of Human Rights; Supreme Court of Justice of the Argentine Nation.

I. INTRODUCCIÓN

El día 13 de junio de 2018 la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, en su 8ª reunión, 7ª sesión ordinaria¹, aprobó el proyecto legislativo de Interrupción Voluntaria del Embarazo² (en adelante IVE), en lo que fue una votación ajustada: 129 votos a favor, 125 en contra, y una abstención. No obstante ello, la Constitución Nacional (en adelante CN), sancionada por ley 24.430, establece en su art. 78³ que todo proyecto de ley que ha sido aprobado por la Cámara que le dio origen (en este caso la de Diputados), debe pasar para su discusión a la otra Cámara, es decir, a la de Senadores; si esta lo aprueba, es elevado al Poder Ejecutivo para su examen, y si también lo aprueba, es promulgado como ley. Por ello, la iniciativa de la IVE fue enviada al Senado de la Nación, donde fue tratada los días 8 y 9 de agosto de 2018, en Sesión Especial, correspondiente a su período 136º, 10ª reunión, 5ª sesión especial⁴. El acta de votación de la Cámara alta arrojó el siguiente resultado: 38 votos negativos, 31 afirmativos, y dos abstenciones; por tanto, la IVE fue rechazada. En consecuencia,

¹ Cámara de Diputados de la Nación Argentina. 7ª Sesión ordinaria, 8ª reunión, orden del día N° 155, expediente 230-D. Por medio de la cual se aprueba el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo. 13 de junio de 2018.

² Proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo de 2018. Recuperado de <https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/2018/despenalizacion-aborto/noticias_0595.html> (12 de junio de 2018).

³ Artículo 78 de la Constitución Nacional Argentina: «Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley».

⁴ Cámara de Senadores de la Nación Argentina. 5ª Sesión especial, 136º período de sesiones, 10ª reunión. Por medio de la cual se rechazó el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo. 8 y 9 de agosto de 2018.

la propuesta no pudo volver a ser examinada durante el año 2018 por el Poder Legislativo, ya que como bien señala el art. 81 de la CN: «Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año»⁵. Sin embargo, el 17 de noviembre de 2020, el presidente de la Nación Argentina, Alberto Fernández, envió al Congreso de la Nación un nuevo proyecto de legalización del aborto⁶, el cual fue aprobado por ambas Cámaras del Congreso. La norma que autoriza el aborto en Argentina es la ley 27.610⁷, titulada: Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero de 2021. Dado que la IVE es hoy, una realidad en Argentina, dicha coyuntura ha motivado el debate sobre una serie de interrogantes, concentrados, principalmente, en dos cuestiones: la primera, consiste en determinar si la IVE es constitucional; mientras que la segunda, radica en identificar cuándo comienza la protección al derecho a la vida en el plexo normativo argentino. En atención a lo expuesto, el presente artículo tiene como objetivo analizar si la legalización de la IVE, mediante ley 27.610, supone una violación de la CN. A los fines de responder a la precitada hipótesis, se estudiará el tratamiento que el ordenamiento jurídico nacional y los correspondientes tratados internacionales ratificados por la República Argentina, le han otorgado al tema objeto de estudio.

⁵ Constitución de la Nación Argentina. (1994). Art. 81.

⁶ Nuevo proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo de 2020. Recuperado de <https://img.lagaceta.com.ar/adjunto/869316_20201117175141.pdf>.

⁷ Ley 27.610 de 2021. Por la cual se aprueba el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina. 15 de enero de 2021. Disponible para su lectura en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/345000-349999/346231/norma.htm>>.

II. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y CIVIL ARGENTINA

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), define a la IVE o aborto, como «la interrupción del embarazo cuando el embrión o feto todavía no es viable fuera del vientre materno»⁸. Aquí debe aclararse que el embrión humano «es el producto de la concepción en su fase inicial de desarrollo, desde la etapa de cigoto hasta las 8 semanas después de la fecundación»⁹; mientras que el feto humano «es el producto de la concepción en desarrollo, desde las 8 semanas después de la fecundación hasta el momento del parto en que se convierte en un recién nacido»¹⁰. Antes de la aprobación de la Ley 27.610, el Código Penal argentino (en adelante CP), sancionado por ley 11.179, en su art. 85¹¹, contemplaba la pena de prisión, de tres a diez años, para el que causare un aborto sin el consentimiento de la mujer; y de uno a cuatro años, si lo llevase a cabo con el consentimiento de la mujer. En el mismo tenor, el art. 88 CP, sostenía que: «Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible»¹².

⁸ Astete, C., Beca, J., y Lecaros, A. “Propuesta de un glosario para la discusión del aborto”, en *Revista médica de Chile*, noviembre de 2014, pp. 1449-1451.

⁹ *Ibidem*, p. 1451.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Artículo 85 del Código Penal argentino: «El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. 2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer».

¹² Código Penal de la Nación Argentina [CPNA]. Ley 11.179 de 1921. Art. 88. 29 de octubre de 1921.

Por otro lado, el art. 86¹³ CP prohibía a los profesionales de la medicina ejecutar abortos, imponiéndoles, además de las penas tipificadas en el art. 85, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, por doble tiempo que el de la condena. A pesar de ello, el propio art. 86 CP, contenía dos causales que eximían de responsabilidad penal al médico diplomado que practicase un aborto a su paciente, estas eran: «1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto»¹⁴. De lo transcripto se infería que el CP prohibía la IVE con el propósito de resguardar el bien jurídico vida; es más, el aborto se halla dentro del libro segundo del CP, título I, dedicado a los delitos contra las personas, cuyo capítulo I hace referencia a los delitos contra la vida.

Así las cosas, la ley penal argentina consideraba al embrión o feto humano, como persona, toda vez que este es susceptible de ser titular de derechos, entre los que se encuentra, sin dudas, la prerrogativa fundamental: el derecho a la vida. Sin embargo, en la actualidad, la Ley N° 27.610, que legaliza el aborto en Argentina,

¹³ Artículo 86 del Código Penal argentino: «Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto».

¹⁴ Código Penal de la Nación Argentina [CPNA]. Ley 11.179 de 1921. Art. 86. 29 de octubre de 1921.

ha modificado los artículos analizados. En este sentido, se ha sustituido el antiguo art. 85, por la siguiente redacción: «El o la que causare un aborto será reprimido: 1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante. 2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86»¹⁵. En este sentido, tras la sanción de la ley 27.610, para que el aborto sea penalizado, se deben cumplir dos requisitos: a) el aborto debe ser cometido luego de la semana catorce de gestación y b) el que lo comete debe hacerlo en contra de la voluntad del gestante o con su consentimiento, en cuyo caso la pena es menor.

La ley 27.610 ha sustituido, también, el texto del art. 86 del CP, estableciendo los supuestos en los que la IVE es legal en Argentina: «No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional»¹⁶. Ahora bien, la nueva normativa contempla dos excepciones en las que la IVE no será punible si se realiza fuera del plazo de las catorce semanas y con el consentimiento de la persona gestante, estas son: a) «Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida»¹⁷, y b) «Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante»¹⁸.

Asimismo, la ley 27.610 modificó el art. 87 del CP. De modo que será condenado a prisión quien cause el aborto de la persona

¹⁵ Ley 27.610. Art. 14.

¹⁶ *Ibidem*, art. 16.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

gestante de manera culposa, siempre y cuando el estado del embarazo de la persona sea notorio o le constare: «Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare»¹⁹. La ley 27.610 también ha reemplazado el art. 88 del CP, en el que se hace objeto de persecución penal a la persona gestante que cometa aborto o autorice a otro a que lo haga por ella, luego de las catorce semanas de gestación. Para que este supuesto opere, es necesario que la persona gestante no se halle en las excepciones previstas por el nuevo art. 86, se aclara, a su vez, que la tentativa de aborto, por parte de la persona gestante, no es punible: «Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta. La tentativa de la persona gestante no es punible»²⁰. Asimismo, la ley 27.610 ha agregado el art. 85 bis al CP, el cual pena al funcionario o personal médico que dilate, obstaculice o niegue el aborto en los casos que la ley autoriza: «Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados»²¹.

Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC), sancionado por ley 26.994, el día 1 de octubre de 2014,

¹⁹ *Ibidem*, art. 17.

²⁰ *Ibidem*, art. 18.

²¹ *Ibidem*, art. 15.

dispone claramente en su art. 19²², que el comienzo de la existencia de la persona humana se inicia con la concepción. Debido a ello, el CCC le reconoce a la persona por nacer su personalidad jurídica, ya que el art. 22 del mismo, especifica el alcance de la capacidad de derecho de la persona: «Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos»²³. La nueva redacción del art. 19, reafirma, entonces, la tesis sostenida en el art. 70 del antiguo digesto civil, promulgado por ley 340, el 1 de enero de 1871: «Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas»²⁴, de modo que el nuevo texto, solo excluye la referencia al «seno materno», manteniendo la postura de que la persona humana empieza con la concepción; ya sea que esta se produzca dentro o fuera del vientre de la madre, en atención a las nuevas posibilidades que ofrece la biotecnología, como, por ejemplo, la llamada fecundación *in vitro*. De hecho, Argentina cuenta con la ley 26.862, sancionada el 5 de junio de 2013, que regula la reproducción médicamente asistida.

Ahora bien, en virtud de que el estadio de la concepción señala el principio del ciclo biológico de un ser humano, es menester precisar su definición. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en «Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica»²⁵, sentencia del 28 de noviembre de 2012, observó que, en el panorama científico actual, existen dos corrientes de pensamiento que adoptan significados distintos para definir el término concepción.

²² Artículo 19 del Código Civil y Comercial argentino: «Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción».

²³ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [CCCNA]. Ley 26.994 de 2014. Art. 22. 7 de octubre de 2014.

²⁴ Código Civil de la Nación Argentina [CCNA]. Ley 340 de 1871. Art. 70. 1 de enero de 1871.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. Serie C, No. 257. (28 de noviembre de 2012).

La primera de ellas «entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión»²⁶; mientras que la segunda «entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno»²⁷. De manera que: «Según la primera de estas interpretaciones la “fecundación” constituiría el momento a partir del cual el embrión ha alcanzado un grado de madurez suficiente para ser considerado un “ser humano” con una “vida plena”. Por el contrario, los defensores de la “implantación” entienden que estas consideraciones solo pueden atribuirse al embrión implantado en el útero»²⁸.

Ya planteadas las dos principales teorías científicas que existen sobre la concepción, se procederá a esclarecer a cuál de ellas se adscribe el derecho argentino. Desde el paradigma jurisprudencial, la posición es clara: la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), en el fallo caratulado «Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo»²⁹, sentencia del 5 de marzo de 2002, afirmó que «el comienzo de la vida humana tiene lugar con

²⁶ *Ibidem*, 57, considerando 180.

²⁷ *Idem*.

²⁸ PATRÓN SÁNCHEZ, J., “El inicio de la vida humana y el alcance de su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, enero de 2014, pp. 435-483.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo». Fallos: 325:292. 5 de marzo de 2002.

la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario»³⁰.

De lo antedicho se desprende que, para la CSJN —máximo tribunal de justicia de la República Argentina— la protección a la vida se inicia con la fecundación. Como ya se ha mencionado, el nuevo CCC, en su art. 19, establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción; sin embargo, a los fines de desvelar el espíritu con el cual ha sido formulado y entendido el citado artículo por los legisladores, es oportuno observar que en su redacción primigenia, es decir, tal y como figuraba en el Anteproyecto del CCC, elaborado por la Comisión de Reformas, por Decreto 191/2011, el texto contemplaba las dos posiciones médicas dominantes en el campo de la concepción (fecundación e implantación): «La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado»³¹.

Como se observa, el anteproyecto del CCC incluía las dos soluciones científicas, pero la redacción fue modificada en el proyecto final, aprobado por el Congreso Nacional; se suprimió el segundo párrafo, relativo a la implantación, y se dejó intacto el primer párrafo, eliminando solamente la expresión «seno materno». Por tanto, el CCC, al descartar la doctrina de la implantación, suscribió a la hipótesis de que la vida se constituye a partir de la fecundación: «Si la voluntad hubiera sido unificar en el sentido de “implantación”, se tendría que haber eliminado la referencia a la expresión “concepción”»³², pero ello no ocurrió.

³⁰ *Ibidem*, considerando 4°.

³¹ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Comisión de Reformas, Decreto 191/2011. Artículo 19.

³² LAFFERRIERE, J., “El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, en *La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona*, noviembre de 2014, §4.1.

El debate legislativo sobre el nuevo CCC, acontecido en la Cámara de Senadores, los días 27 y 28 de noviembre de 2013, en el marco de su 131º período, 19ª reunión, 9ª sesión especial, también contribuye a despejar dudas sobre este extremo. La senadora por la provincia de San Luis, Liliana Negre de Alonso, una de las responsables de la modificación del art. 19, declaró en su discurso: «Pero quiero dejar aclarado que a la luz del artículo 19, en la modificación, y a la luz de la modificación que ha hecho también el bloque oficialista en el espíritu del legislador, ha quedado absolutamente claro que concepción es igual a fecundación, que está incluido en el artículo 19»³³.

Por los argumentos esgrimidos hasta aquí, es posible afirmar que el CCC otorga, tanto al embrión como al feto, el estatus jurídico de persona humana desde el momento de la concepción, en la inteligencia de que esta se produce una vez que se ha materializado el proceso de la fecundación, no siendo necesario para su reconocimiento el implante del embrión dentro del útero. Asimismo, el art. 51 del CCC, consagra la inviolabilidad de la persona humana: «La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad»³⁴. Vital importancia supone la expresión empleada por el CCC: «en cualquier circunstancia» pues permite deducir que la mera tesis de que la persona humana se encuentre en su fase inicial de desarrollo, ya sea en estado embrionario o fetal, no es fundamento válido para despojarla de su dignidad y demás derechos fundamentales, en especial, el de la vida.

Paralelamente a la regulación prevista por los códigos de fondo, existe, en Argentina, una multiplicidad de normas nacionales

³³ Cámara de Senadores de la Nación Argentina. Período 131º, 19ª reunión, 9ª sesión especial, orden del día N° 892, de 2013. Por medio de la cual se aprueban modificaciones al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. 27 y 28 de noviembre de 2013.

³⁴ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [CCCNA]. Ley 26.994 de 2014. Art. 51. 7 de octubre de 2014.

vigentes que, en consonancia con ellos, considera a la concepción como el origen de la vida y, por ende, protegen al niño desde el embarazo. Entre ellas, podemos citar: la ley 24.714, sancionada el 2 de octubre de 1996, que regla el régimen de asignaciones familiares, la cual, en su art. 9, dispone una asignación prenatal consistente en «el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abonará desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo»³⁵; la ley 24.901, sancionada el 5 de noviembre de 1997, que versa sobre el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, cuyo art. 14 establece: «La madre y el niño tendrán garantizados desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social»³⁶; la ley 25.543, sancionada el 27 de noviembre de 2001, que trata sobre la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana, a toda mujer embarazada, como parte del cuidado prenatal normal. La misma, en su art. 4, afirma que en caso de ser positivo (el test), deberán tratarse adecuadamente «las implicancias de la aplicación del tratamiento y de la no aplicación del mismo tanto para la madre como para el hijo por nacer»³⁷; la ley 25.929, de las obligaciones que tienen las obras sociales vinculadas a determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, sancionada el 25 de agosto de 2004, que en su art. 2, inc. d), consagra el derecho de toda mujer a tener un parto natural, que tienda a evitar suministros de medicación y prácticas invasivas «que no estén justificados por el

³⁵ Ley 24.714 de 1996. Por la cual se instituye el alcance nacional y obligatorio del régimen de asignaciones familiares. 16 de octubre de 1996.

³⁶ Ley 24.091 de 1997. Por la cual se instituye el sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. 2 de diciembre de 1997.

³⁷ Ley 25.543 de 2001. Por la cual se instituye la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana, a toda mujer embarazada como parte del cuidado prenatal. 7 de enero de 2002.

estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer»³⁸; la ley 26.061³⁹, sancionada el 28 de septiembre de 2005, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que en su art. 8⁴⁰ garantiza el derecho a la vida a todos los niños; y la ley 26.413⁴¹, de registro del estado civil y capacidad de las personas, sancionada el 10 de septiembre de 2008, que expresa en su art. 40⁴², que toda defunción fetal debe ser registrada en el libro de defunciones, en el entendido de que la muerte del feto ha puesto fin a su personalidad jurídica; de lo cual surge que el embrión o feto es considerado persona, caso contrario, no se contemplaría la inscripción de su fallecimiento como tal.

En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta la opinión de la Academia Nacional de Medicina Argentina, la cual, a través

³⁸ Ley 25.929 de 2004. Por la cual se instituye que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, incorporándose las mismas al Programa Médico Obligatorio. 17 de septiembre de 2004.

³⁹ Ley 26.061 de 2005. Por la cual se instituye el régimen de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. 21 de octubre de 2005.

⁴⁰ Artículo 8 de la ley 26.061: «DERECHO A LA VIDA. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida».

⁴¹ Ley 26.413 de 2008. Por la cual se instituye que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1 de octubre de 2008.

⁴² Artículo 40 de la ley 26.413: «Si del certificado médico surgiera que se trata de una defunción fetal se registrará la inscripción en el libro de defunciones; si del mismo surgiere que ha nacido con vida, aunque fallezca inmediatamente, se asentarán ambos hechos en los libros de nacimientos y de defunciones, respectivamente».

de un comunicado publicado el 22 de marzo de 2018, realizó su aporte al debate legislativo sobre la legalización de la IVE: «Que el niño por nacer, científica y biológicamente, es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción»⁴³; declaró, además, que la destrucción de un embrión humano supone impedir el nacimiento de un nuevo ser humano.

Por todo lo expuesto, resulta claro que el ordenamiento jurídico argentino mantenía, hasta la sanción de la ley N° 27. 610, una coherencia legal sólida, en lo atinente a asegurar la protección del derecho a la vida del niño desde la concepción.

III. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

El bloque constitucional argentino está elaborado sobre las bases del respeto a la vida y a la dignidad humana, en especial, cuando se controviertan derechos vinculados con el universo de la infancia. En efecto, el art. 75, inc. 23 CN, ordena al Congreso Nacional el deber de: «Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños...»⁴⁴; en el mismo orden de ideas, el segundo párrafo del art. 75 inc. 23 CN, impone al Poder Legislativo la obligación de: «Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental»⁴⁵.

⁴³ ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, “Declaración en defensa de la vida”, en *Revista Prudentia Iuris*, 22 de marzo de 2018, pp. 191-191.

⁴⁴ Constitución de la Nación Argentina. (1994). Art. 75, inc. 23.

⁴⁵ *Idem*.

Lo precitado indica que el texto constitucional despliega la protección integral del niño desde el momento del embarazo, lo que equivale a decir, desde la concepción. Al término «niño», utilizado por la CN, no solo debe brindársele los alcances que dictamina el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), aprobada y ratificada por Argentina mediante ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, el cual consagra «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»⁴⁶; sino que también resulta necesario tener presente que, el Estado argentino, amplió el concepto de niño mediante una reserva hecha a la CDN, formulada en el art. 2, segundo párrafo, de la ley 23.849: «Con relación al artículo 1º de la CONVENCION 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»⁴⁷.

Como se observa, una vez más la sistemática constitucional adhiere de forma explícita a la tesis científica que afirma la existencia de la persona humana desde la concepción, y no desde la implantación. Vale recordar que la CDN posee rango constitucional, toda vez que el art. 75. inc. 22⁴⁸ CN se lo reconoce expresa-

⁴⁶ Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Artículo 1º.

⁴⁷ Ley 23.849 de 1990. Por la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño. 16 de octubre de 1990.

⁴⁸ Artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina: «Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre

mente, lo cual significa que goza, en términos de cumplimiento y respeto, de la misma jerarquía legal que la CN.

En su preámbulo, la CDN admite que el niño, en tanto sujeto de derecho, debe ser objeto de protección «tanto antes como después del nacimiento»⁴⁹; el término «antes» alude inequívocamente a la etapa de embarazo, en virtud de ello, se es niño desde el estado de gravidez de la madre. De igual forma, en su art. 6, la CDN reconoce que «todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida»⁵⁰. Otro precepto sustancial de la CDN es el que surge de su art. 3⁵¹, el cual exhorta a los Estados partes a tener, como consideración primordial, en todas las medidas de gobierno y políticas públicas que ejecuten, el interés superior del niño. Pero, ¿qué debe entenderse por interés superior del niño? según la Observación General N° 14 del año 2013, elaborada por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), «el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el

la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara».

⁴⁹ Convención sobre los Derechos del Niño. Preámbulo. 20 de noviembre de 1989.

⁵⁰ *Ibidem*, artículo 6.

⁵¹ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño»⁵².

Por consiguiente, siendo el derecho a la vida un presupuesto básico y elemental que hace posible todos los demás derechos, la vulneración de este, supone, necesariamente, el quebrantamiento del mentado interés superior del niño tutelado por la CDN. Aunado a lo anterior, la ley nacional 26.061, en su art. 3, asegura que debe entenderse por interés superior del niño: «la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley»⁵³, debiéndose respetar, en particular, su condición de sujeto de derecho.

Finalmente, debe añadirse que la citada norma, en su art. 2⁵⁴, ordena la aplicación obligatoria de la CDN en todo acto de cualquier naturaleza, que afecte a los niños en Argentina. Ante este contexto, la legalización de la IVE en el Estado argentino, infringe el derecho a la vida del que gozan todos los niños desde la concepción, según la CN y la reserva argentina hecha a la CDN.

Continuando con las obligaciones asumidas internacionalmente por Argentina, en materia de niñez y derecho a la vida, además de la CDN, debe citarse a la Convención Americana sobre

⁵² U.N. Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones. (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

⁵³ Ley 26.061 de 2005. Por la cual se instituye el régimen de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Artículo 3. 21 de octubre de 2005.

⁵⁴ Artículo 2 de la ley 26.061: «APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos».

Derechos Humanos (en adelante CADH), ratificada por Argentina a través de la ley 23.054, sancionada el 1 de marzo de 1984. La CADH, en su art. 4.1 dispone que: «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»⁵⁵.

La CADH, en su art.1.2, también se ocupa de definir el concepto de persona: «Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano»⁵⁶. De lo cual se entiende que, como regla general, para el sistema convencional interamericano, es la concepción el fenómeno que marca el comienzo de la protección jurídica del niño, ya que «el mandato de proteger la vida desde la concepción se basa en el entendido de que el derecho a la vida ya existía en ese momento, pues de otro modo no habría nada que proteger en dicho instante»⁵⁷. Ello significa que: «Si hay tutela de la vida, en general, desde la concepción, la extinción de esa vida, antes del parto (y obviamente después), no resulta *prima facie* acorde con el Pacto»⁵⁸. La República Argentina, por tanto, tiene la obligación estatal de garantizar por ley la protección al derecho a la vida, a los fines de cumplir con el art. 2⁵⁹ de la CADH, según el cual los Esta-

⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 4.1.

⁵⁶ *Ibidem*, artículo 1.2.

⁵⁷ PAÚL DÍAZ, A., “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en *Revista Ius et Praxis*, abril de 2012, pp. 61-112.

⁵⁸ SAGÜÉS, N., “El aborto eugenésico, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Jurídica Argentina de Abeledo Perrot*, marzo de 2012, pp. 1129-1138.

⁵⁹ Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislati-

dos signatarios se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en ella. Debe repararse, también, en que la CADH prohíbe la privación arbitraria de la vida (art. 4.1⁶⁰); precisamente Argentina vulneraría tal supuesto, si adjudica a la voluntad de una persona —ya sea que trate de la progenitora o del progenitor— la decisión de descartar la vida del embrión o feto humano que ha engendrado.

En la misma línea, otros pactos internacionales con rango constitucional, también protegen al derecho a la vida; como ejemplo de ello, podemos mencionar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1⁶¹); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 3⁶²); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1⁶³).

Por todo ello, resulta inconstitucional la iniciativa de sancionar, en Argentina, una ley que legitime la IVE, por ser violatoria del derecho a la vida; un derecho que, por lo demás, el propio Estado debe contribuir a resguardar y no a vulnerar.

vas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

⁶⁰ Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «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».

⁶¹ Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: «Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

⁶² Artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

⁶³ Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente».

IV. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y EL DERECHO A LA VIDA EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La primera regla interpretativa que debe considerarse, a los fines de discernir la postura de la CSJN en materia de IVE, es la que brinda respuesta al interrogante: ¿cuándo comienza la vida? Así, en el fallo «Portal de Belén — Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo», sentencia del 5 de marzo de 2002, la CSJN ha interpretado que la vida humana comienza con la concepción, es decir, con la fecundación, entendida esta como la unión de los dos gametos (masculino y femenino). Para fundamentar su posición, la CSJN cita a distintos especialistas en bioética, como, por ejemplo, al Dr. T.W. Sadler: «El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual el espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto»⁶⁴. En tal sentido, la CSJN reconoce que tanto la CN como los tratados internacionales incluidos en ella (art.75 inc. 22), «resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción»⁶⁵, sosteniendo, además, que: «El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé en su art. 70, en concordancia con el art. 63, que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido”»⁶⁶.

Lo dispuesto en el fallo Portal de Belén, tiene su antecedente en la sentencia de la CSJN caratulada «T., S. c/Gobierno de la

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo». Considerando 6º. Fallos: 325:292. 5 de marzo de 2002.

⁶⁵ *Ibidem*, considerando 14º.

⁶⁶ *Idem*.

Ciudad de Buenos Aires s/Amparo»⁶⁷, del 11 de enero de 2001. Los hechos de este litigio, gravitan en torno a la solicitud efectuada por la dirección del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, para proceder a inducir el parto de una mujer, quien se encontraba en un nivel avanzado de embarazo de un feto anencefálico. Como la medida requerida no poseía como propósito la muerte del feto, sino el adelantamiento del alumbramiento en virtud de la enfermedad del feto, la CSJN otorgó su autorización: «El alumbramiento solo pondrá en evidencia que no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art. 2 de la ley 23.849 —aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño— y el art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Todavía se encuentra vivo dentro del vientre de otra persona, su madre, de quien se diferencia desde aquel momento y no a partir de su nacimiento»⁶⁸. El máximo tribunal convalida aquí la protección del derecho a la vida del niño desde la concepción; afirmando, además, que el embrión o feto, es una persona independiente respecto de la madre, puesto que se diferencia de ella desde el instante mismo de la concepción, y no a partir de su alumbramiento. Por los fundamentos expuestos, la CSJN autorizó la inducción al parto, imponiéndoles a los médicos que intervengan el deber de cumplir con «todas las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria”»⁶⁹; esta última consideración de la CSJN, admite, por tanto, la tutela jurídica del embrión humano desde su concepción.

Por otro lado, en cuanto a la protección legal del sujeto por nacer, la CSJN, en el fallo «Sánchez, Elvira Berta c/M° J y DDHH

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo». Fallos: 324:5. 11 de enero de 2001.

⁶⁸ *Ibidem*, considerando 11°.

⁶⁹ *Ibidem*, considerando 13°.

— art. 6 ley 24.411 (RESOL. 409/01)⁷⁰, sentencia del 22 de mayo de 2007, estableció que toda persona por nacer tiene derecho a la vida. En el caso concreto, la CSJN otorgó una indemnización por daños y perjuicios a la abuela de un *nasciturus*, víctima del delito de homicidio junto con su madre, durante la última dictadura militar argentina (1976-1983); reconociendo, de este modo, que la persona por nacer o nonato, es titular del derecho a la vida, ello es así, porque «tratándose en el caso del fallecimiento de una persona “por nacer”, vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión»⁷¹. La pretensión de Elvira Sánchez consistía en obtener una indemnización fijada por la ley 24.411, por la desaparición forzada, y posterior homicidio, de su hija y de su nieto (que se encontraba dentro del seno materno al momento de su muerte). La CSJN, entendió, en definitiva, que allí donde la ley no distingue, la justicia tampoco debe hacerlo, es decir, si el digesto civil argentino considera taxativamente al *nasciturus* como persona (art. 19, CCC) no hay razón para interpretar lo contrario. De allí que el máximo tribunal entendiera que la persona por nacer puede ser víctima de un delito contra la vida, aún cuando no haya alcanzado a producirse su nacimiento, es decir, antes de su separación completa de la madre.

El segundo estándar que la CSJN ha establecido en materia de aborto y derecho a la vida, es el relativo a que el derecho a la vida es un derecho preexistente a todos los demás; así lo ha expresado en el fallo «Saguir y Dib, Claudia Graciela»⁷², sentencia del 6 de noviembre de 1980: «Es, pues, el derecho a la vida lo que está

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «Sánchez, Elvira Berta c/M^o J y DDHH — art. 6 ley 24.411 RESOL. 409/01». Fallos: 330:2304. 22 de mayo de 2007.

⁷¹ *Ibidem*, considerando 11^o.

⁷² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «Saguir y Dib, Claudia Graciela». Fallos: 302:1284. 6 de noviembre de 1980.

aquí fundamentalmente en juego, primer derecho de la persona humana preexistente, como se ha dicho, a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes»⁷³. Tal precedente fue luego ratificado por la CSJN en el fallo «Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social — Estado Nacional s/amparo ley 16. 986»⁷⁴, sentencia del 1 de junio de 2000, al declarar que el derecho a la vida es «el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva»⁷⁵. También, la CSJN ha asegurado que: «la vida y la dignidad personal son derechos esenciales de las personas; que la vida de la persona por nacer tiene un valor inconmensurable; que la vida humana es el más sagrado de los bienes»⁷⁶.

El tercer lineamiento interpretativo de la CSJN, en materia de IVE o aborto, es la excepción a la punibilidad del aborto cuando se encuentre justificado por las causales gravísimas tipificadas por el art. 86 del CP —antes de que fuera reformado en 2021, por la ley 27.610—; tal es lo que estableció el alto tribunal en el fallo «F. A. L. s/medida autosatisfactiva»⁷⁷, sentencia del 13 de marzo de 2012. Los hechos de la causa orbitan sobre la solicitud de una madre para que se le practique, a su hija adolescente, una interrupción del embarazo, ya que este fue producto de una violación perpetrada por su padrastró. La solución de la CSJN fue autorizar

⁷³ *Ibidem*, considerando 8º.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social — Estado Nacional s/amparo ley 16. 986». Fallos: 323:1339. 1 de junio de 2000.

⁷⁵ *Ibidem*, considerando 9º.

⁷⁶ ZAMBRANO, P., y SACRISTÁN, E., “Aborto y derechos reproductivos. El derecho a la vida y el aborto”, en *Julio César Rivera, José Sebastián Elias, Lucas Sebastián Grosman & Santiago Legarre (directores), Tratado de los derechos constitucionales*, Ed. Abeledo Perrot, 2014, p. 655.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «F. A. L. s/medida autosatisfactiva». Fallos: 335:197. 13 de marzo de 2012.

el aborto. Se basó para ello en dos fundamentos jurídicos. El primero se centra en la idea de que la CSJN realiza una interpretación amplia de la norma penal, es decir que, la salvedad prevista en el ya mencionado precepto legal (art. 86 CP), no puede limitarse a la mujer idiota o demente, sino que, por el contrario, debe aplicarse a toda mujer en general, siempre y cuando se haya comprobado la violación o el atentado al pudor: «no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental»⁷⁸.

Asimismo, la CSJN señala que el art. 86, inc. 2, del CP, no colisiona con el bloque constitucional y convencional argentino, ya que de ellos «no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal»⁷⁹. Para sustentar su posición, la CSJN menciona que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en repetidas oportunidades, a través de sus observaciones generales, ha manifestado: «que los Estados Partes —que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación— deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal»⁸⁰. En virtud de tales argumentos, la CSJN estableció que reducir la aplicación del art. 86, inc. 2 del CP, solo a los casos de mujeres que sufren incapacidad mental, resulta violatorio del art. 16⁸¹ de la CN, que consagra el principio de igualdad; puesto que se estaría discriminando a las demás mujeres que sí han padecido

⁷⁸ *Ibidem*, considerando 9º.

⁷⁹ *Ibidem*, considerando 14º.

⁸⁰ *Ibidem*, considerando 13º.

⁸¹ Artículo 16 de la Constitución de la Nación Argentina: «La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la

un embarazo cometido por violación, pero que, al no satisfacer el requisito de debilidad mental, son excluidas de la causal de excepción: «reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito»⁸².

El segundo argumento de la CSJN, radica en que la realización de la interrupción del embarazo no punible, previsto en el antiguo art. 86, inc. 2, CP, «no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial»⁸³, debido al principio de reserva que protege a todos los habitantes de Argentina, el cual se halla previsto en el art. 19 de la CN: «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe»⁸⁴. En efecto, de la lectura del antiguo art. 86, inc. 2, no surge la exigencia de ningún tipo de autorización de naturaleza judicial, sino que solamente se limita a requerir el consentimiento del representante legal de la víctima de la violación o del atentado al pudor cuando esta sea incapaz mental. La judicialización de una coyuntura en extremo privada, como lo es haber sido agraviado por un delito sexual, es, a la luz del texto constitucional precitado, innecesaria e ilegal.

Por todo ello, la CSJN afirmó que la mujer que se encuentre en el supuesto previsto en el art. 86, inc. 2 del CP: «no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda»⁸⁵. De lo

ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».

⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «F., A. L. s/medida autosatisfactiva». Fallos: 335:197. Considerando 15°. 13 de marzo de 2012.

⁸³ *Ibidem*, considerando 8°.

⁸⁴ Constitución de la Nación Argentina (1994). Art. 19.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «F., A. L. s/medida autosatisfactiva». Fallos: 335:197. Considerando 21°. 13 de marzo de 2012.

cual se concluye que, la República Argentina, tiene la obligación estatal de asegurar el aborto a toda mujer, cuando el embarazo ha sido producto de una violación, con independencia de la capacidad mental de la víctima, y sin la necesidad de exigir ningún tipo de autorización judicial, no pudiendo ser privada del derecho que le confiere el art. 86, inc. 2 del CP.

V. LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL COMIENZO DE LA VIDA

La Corte IDH, junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) es uno de los órganos competentes para intervenir en todos los asuntos en que se controviertan extremos legales relacionados con el cumplimiento de la CADH, por parte de los Estados signatarios. Argentina, mediante ley 23.054, ratificó la CADH y reconoció, en su art. 2, la plena competencia de la Corte IDH: «Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad»⁸⁶. De igual modo, la CSJN, en el considerando 8 del fallo «Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación»⁸⁷, sentencia del 31 de agosto de 2010, sostuvo que «la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia»⁸⁸.

⁸⁶ Ley 23.054 de 1984. Por la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 19 de marzo de 1984.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación». Fallos: 333:1657. 31 de agosto de 2010.

⁸⁸ *Ibidem*, considerando 8°.

Resulta claro, entonces, que la jurisprudencia de la Corte IDH supone una referencia a tener en cuenta por parte del Poder Judicial argentino. En atención a ello, a continuación se analizará sucintamente la sentencia de la Corte IDH, caratulada: «Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica», del año 2012, y su relevancia en el debate por la legalización de la IVE en Argentina.

El 29 de julio de 2011 la CIDH decidió someter a la jurisdicción de la Corte IDH un caso relacionado con violaciones a los derechos humanos, las cuales habrían ocurrido por la prohibición de practicar la fecundación *in vitro* (en adelante FIV), la cual fue dispuesta en Costa Rica, a raíz de una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que dejó sin efecto, por inconstitucional, el Decreto Ejecutivo que autorizaba la práctica de la FIV. La sentencia de la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado costarricense, por violar la protección a la familia (art. 17.2 CADH), el derecho a la integridad personal (art. 5.1 CADH), y la protección de la honra y de la dignidad (art.11.2), en razón de que, al proscribir la FIV, el Estado cometió una injerencia injustificada en la vida privada y familiar de las personas, porque se las privó de «la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos»⁸⁹.

Para así decidir, la Corte IDH desestimó el argumento esgrimido por la Sala Constitucional de Costa Rica, según el cual, el art. 4.1 de la CADH «obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones»⁹⁰, porque a pesar de que el art.4.1 de la CADH señala que la protección a la vida comienza, en general, desde la concepción; la Corte IDH ha inter-

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica. Serie C, No. 257. Considerando 161. (28 de noviembre de 2012).

⁹⁰ *Ibidem*, considerando 162.

pretado que la concepción se inicia con la implantación, y no con la fecundación, en virtud de que: «la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El tribunal observa que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción»⁹¹. Por ello, para la Corte IDH, no hay concepción si no se produce la implantación del embrión en el útero de la mujer, ya que «un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede»⁹². En consecuencia, el tribunal entiende que el régimen de protección al derecho a la vida, contemplado en el art. 4 de la CADH, solo puede aplicarse una vez que el fenómeno de la implantación se ha producido, y no antes.

Puesto que para la Corte IDH la vida comienza con la implantación, y no desde la fecundación, el embrión no debe ser considerado persona bajo los términos de la CADH, no es sujeto de derecho: «no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos»⁹³, añadiendo que: «no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión»⁹⁴. Por tanto, la vida del embrión solo es susceptible de ser protegida, una vez que se ha llevado a cabo su implantación en el útero materno; es decir que carece de una protección legal independiente, mientras se halle fuera de la anatomía de la mujer. En síntesis, la Corte IDH, niega el derecho a la vida del embrión que no ha sido implantado en el útero materno, «al considerarlo no concebido, y por ende, carente de personalidad»⁹⁵. Para arribar a tal conclusión, la Corte IDH defiende «una tesis controvertida,

⁹¹ *Ibidem*, considerando 186.

⁹² *Ibidem*, considerando 187.

⁹³ *Ibidem*, considerando 222.

⁹⁴ *Ibidem*, considerando 223.

⁹⁵ Patrón Sánchez, J. “El inicio de la vida humana y el alcance de su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, enero de 2014, pp. 435-483.

referida a que los derechos solo pueden ser ejercidos por *personas*, ya que únicamente estas pueden ser las beneficiarias de la normatividad que otorgan los principios constitucionales que adscriben derechos»⁹⁶.

La sentencia de la Corte IDH que se ha examinado en los párrafos anteriores, ha sido uno de los argumentos centrales que han esbozado los defensores de la legalización de la IVE en Argentina⁹⁷, ya que la decisión del tribunal interamericano no considera al embrión no implantado, como sujeto de derecho, y, precisamente por ello, no es posible atribuirle la protección del derecho a la vida (art. 14 de la CADH). Según el citado razonamiento, debido a que el embrión que no ha sido implantado, no es persona para la Corte IDH, la reglamentación de la IVE en Argentina, no colisionaría con su bloque constitucional ni convencional. Sin embargo, la argumentación es errónea. Ello es así, porque, en primer lugar, en el fallo Artavia, la Corte IDH no se ha expedido específicamente sobre la temática del aborto, sino sobre la fecundación *in vitro*; de modo que extrapolar sus argumentos al debate sobre la IVE en Argentina, resulta improcedente.

En segundo lugar, el Estado argentino no fue parte del juicio contencioso que tuvo como litigantes al Estado de Costa Rica y a la Corte IDH, de manera que la sentencia no es vinculante, es decir, no es obligatoria para Argentina. Tal es lo que dispone el art. 68.1 de la CADH: «Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes»⁹⁸, pues bien, el Estado argentino no lo fue; no pesa

⁹⁶ CHÍA, E., y CONTRERAS, P., “Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios constitucionales*, julio de 2014, pp. 567-585.

⁹⁷ HAUSER, I., “Siete razones por las que es constitucional”, en *Página 12*, 24 de junio de 2018. Recuperado de <<https://www.pagina12.com.ar/123816-siete-razones-por-las-que-es-constitucional>>.

⁹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 68.1.

sobre su ordenamiento jurídico el deber de acatar una sentencia en la que no fue parte.

En tercer lugar, debe recordarse que en el art. 19 del nuevo CCC, se impone la teoría científica que reconoce el inicio de la vida desde la concepción y no desde la implantación, como defiende la Corte IDH. Por ello, todo análisis exegético que se proponga atribuirle mayor validez a una sentencia de la Corte IDH, en la que Argentina no fue parte, que al propio digesto civil nacional, debe tener presente que las reglas de interpretación del CCC, excluyen taxativamente, dentro de sus fuentes, a la jurisprudencia interamericana; así lo señala en su art. 1: «Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho»⁹⁹; como se puede apreciar, el término «jurisprudencia internacional», no ha sido incluido.

Por último, debe resaltarse la nueva jurisprudencia de la CSJN en la materia. En el fallo «Menem Carlos Saúl c/Editorial Perfil y otros s/daños y perjuicios»¹⁰⁰, sentencia del 14 de febrero de 2017, el alto tribunal afirma que, si bien las sentencias de la Corte IDH «dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este»¹⁰¹, de inmediato agrega que: «dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional

⁹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [CCCNA]. Ley 26.994 de 2014. Art. 1. 7 de octubre de 2014.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. «Menem Carlos Saúl c/Editorial Perfil y otros s/daños y perjuicios». Fallos: 340:47. 14 de febrero de 2017.

¹⁰¹ *Ibidem*, considerando 6°.

dentro del marco de sus potestades remediales»¹⁰². Esto significa que la Corte IDH no configura una cuarta instancia decisoria dentro del plexo legal argentino, sino que su competencia es de naturaleza eminentemente subsidiaria, es decir, actúa y decide, cuando se han agotado todos los recursos internos: «La obligatoriedad que surge del art. 68.1 (de la CADH) debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional»¹⁰³. Por consiguiente, emplear una sentencia de la Corte IDH en la que el Estado argentino no ha sido parte, como lo es «Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica», para legitimizar un proyecto de ley violatorio de la CN —como lo es la IVE por las razones ya expuestas en acápites anteriores— carece de fundamento jurídico, en tanto Argentina no ha efectuado requerimiento alguno a la Corte IDH, para que expida una opinión consultiva donde detalle si la IVE es o no constitucional; de modo que el tribunal interamericano carece de competencia para esta temática. Por otra parte, dicho órgano no detenta la potestad para erigirse como una cuarta instancia del poder judicial argentino, cuya jerarquía altere o modifique los estándares interpretativos impuestos por la jurisprudencia de la CSJN en materia de IVE o aborto: «La Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales (...) sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria»¹⁰⁴.

En suma, la CSJN ha formulado un precedente según el cual, la Corte IDH es el último intérprete de la CADH, mientras que la CSJN es el último intérprete de la CN, correspondiendo solo a ella el control de constitucionalidad.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Ibidem*, considerando 20°.

¹⁰⁴ *Ibidem*, considerando 8°.

VI. CONCLUSIÓN

Vistas las consideraciones desarrolladas en el presente artículo, es posible colegir que la sanción, por parte del Congreso de la Nación, de la ley N° 27.610, de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, supone una violación al derecho la vida del niño en su etapa embrionaria o fetal y, por consiguiente, una violación manifiesta de la CN; puesto que, para la legislación nacional, la protección al derecho a la vida comienza desde el instante mismo de la concepción. Así lo han establecido de manera concordante: el art. 19 del CCC; la reserva hecha por Argentina a la CDN, mediante el art. 2 de la ley 23.849; el art. 75. inc. 23 de la CN; y el art. 4.1 de la CADH (con jerarquía constitucional ordenada por el art. 75, inc. 22 de la CN). Dicho marco normativo se encuentra actualmente vigente, por tanto, el Congreso Nacional carece de la potestad para dictar una norma que autorice la legalización de la IVE. Es por ello que la ley N° 27.610 infringe el derecho a la vida del *nasciturus*, el cual es un bien jurídico tutelado y reconocido por el bloque constitucional e infraconstitucional argentino.

