

EL DERECHO A LA VIDA Y LOS PROYECTOS DE LEGALIZACIÓN DEL ABORTO EN ARGENTINA: ANALISIS EN CLAVE CONSTITUCIONAL (Y CONVENCIONAL)¹

THE RIGHT TO LIFE AND THE PROJECTS ABOUT THE LEGALIZATION OF ABORTION IN ARGENTINA: ANALYSIS IN CONSTITUTIONAL KEY (AND CONVENTIONAL)

Por *María Fernanda Beltrán* (*)

Franco Mondino (**)

Federico Rivas (***)

Resumen: En el presente artículo, abordaremos lo relativo al derecho a la vida desde la óptica de la dimensión constitucional y convencional, para lo cual, se analizarán previsiones de los instrumentos normativos de máximo nivel, a fin de determinar si los proyectos legislativos que propugnan la legalización del aborto (interrupción voluntaria del embarazo) pueden armonizarse con lo establecido en aquellos dispositivos o si, por el contrario, deben ser rechazados por su incompatibilidad.

Palabras claves: Derecho a la vida – Derechos fundamentales - Aborto - Legalización

Abstract: This article will reflect on the constitutional and conventional right to life by analyzing the main normative instruments to determine if the legislative projects which advocate for the legalization of abortion (voluntary interruption of pregnancy) can be established or should be rejected based on incompatibility with constitutional rights.

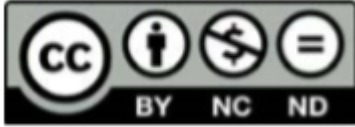
Keywords: Right to life- Fundamental rights- Abortion- Legalization

¹ Artículo recibido el 23 de julio de 2020 y aprobado para su publicación el 24 de septiembre de 2020

(*) Abogada (UNC) - Adscripta de la Catedra “A” de la materia Derecho Procesal Penal (UNC) – Profesora Invitada de la materia Opcional Derecho de los Estupeficientes y el Narcotráfico (UNC) – Delegada de la provincia de Córdoba de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal – mfernandabeltran@gmail.com

(**) Abogado (UNC) – Profesor Adjunto de la Catedra “A” de la asignatura Derecho Procesal Penal (UCC) – Fiscal de Instrucción en lo Penal Económico – Vocal de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. francomondino@gmail.com

(***) Abogado (UNC) - Especialista en Derecho Procesal (UNC) – Maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) – Jefe de Trabajos Prácticos de la Catedra “A” de la asignatura Derecho Procesal Penal (UCC)– Profesor Invitado de la materia Opcional Derecho de los Estupeficientes y el Narcotráfico (UNC) - Delegado de la provincia de Córdoba de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. federico.rivas227@gmail.com



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2020\(3\)07](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2020(3)07)

1. Introducción

Con la reforma constitucional de 1994, se incorporaron humanos al bloque de constitucionalidad federal argentino algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos listados en el conocido artículo 75 inciso 22)², precepto donde también se establece el recorrido institucional que debía transitarse para agregar otros instrumentos de dicha jerarquía a futuro.

Con ello, en nuestro país quedó determinada una nueva pirámide normativa, en cuya cúspide se ubica la Constitución Nacional de nuestro país y las aludidas Convenciones, lo que trajo aparejado una notable ampliación de la regulación tuitiva, ensanchándose la base de derechos y garantías de fuente suprema. Así, por un lado, se explicitó o amplió el contenido de algunos ya legislados y asimismo se produjo la incorporación de otros no reconocidos expresamente – hasta ese momento- por nuestra Ley Fundamental.

El derecho que aquí nos ocupa integraba esta última categoría, por cuanto, no se encontraba regulado en la Carta Magna, sino como una protección no enumerada de su artículo 33. Ciertamente es que gozaba de los mismos resguardos que los establecidos en forma expresa, pero entendemos que debía contar con un reconocimiento manifiesto atento tratarse del derecho de mayor significancia.

En nuestra opinión, dentro de la categoría de los derechos humanos, es decir, aquellos que le corresponden a las personas por el sólo hecho de serlo, el derecho a la vida es el más importante, atento que sin su existencia no sería posible el goce de las otras atribuciones esenciales. Por ello, consideramos que la protección a la vida debe ser lo más intensa posible por parte del Estado, lo que implica tanto la realización de acciones positivas como negativas en relación a su disfrute.

² En relación a esta forma de incorporación, se sostuvo que “*nuestra Carta Magna se suma a la tendencia internacional de otorgarle un espacio ad hoc a los tratados internacionales sobre derechos humanos*”. Ver ABREGU, Martín. “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción”, en ABREGU, Martín, COURTIS, Christian (compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004. p. 15.

En este sentido, la omisión en que había incurrido el constituyente histórico pudo ser suplida a partir de la mencionada reforma del año 1994 cuando se le otorgó jerarquía constitucional a determinados instrumentos de derechos humanos, varios de los cuales estatuyen en concreto el derecho a la vida, con lo cual, su reconocimiento expreso fue erigido al máximo nivel normativo.

En atención a ello, el espectro normativo a analizar quedara delimitado por lo previsto en estos dispositivos y además en regulaciones de derecho interno que también se refieren específicamente al derecho a la vida (v.gr. Código Civil y Comercial de la Nación). Ahora bien, teniendo en cuenta que “*el derecho es, lo que los jueces dicen que es*”, para el correcto análisis de la dimensión normológica del fenómeno que aquí nos ocupa será necesario indagar en ciertos pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales supranacionales.

Como aclaración metodológica previa, se debe decir que conforme el objeto del presente trabajo, nuestro enfoque se va a limitar a las manifestaciones primigenias del derecho a la vida, es decir, las referidas al comienzo de la existencia de las personas, y los posibles ataques que puede sufrir en estos momentos.

Ello así, por cuanto en nuestro país, ha cobrado vigor una corriente social que brega por la posibilidad de interrumpir cualquier embarazo de forma legal, aún fuera de los supuestos ya autorizados por nuestro Código Penal –artículo 86 incisos 1) y 2)-. Cabe destacar que estas posiciones no sólo buscan la despenalización de estas prácticas, sino que directamente persiguen su legalización. De esta manera, pretenden que su ejercicio quede sujeto al arbitrio de cualquier mujer, es decir, que el aborto libre sea llevado a la categoría de derecho de este colectivo social.

Cabe recordar que tales tendencias tuvieron un fuerte correlato en el ámbito parlamentario, al punto que durante el transcurso del año 2018, el Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) alcanzó media sanción en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación Argentina. No obstante, el día 08 de agosto del mencionado año fue rechazado por la Cámara de Senadores de dicho órgano.

Pese a ello, esta posición - con cierta apoyatura legislativa- continua vigente en un sector de la sociedad argentina. Por tal motivo, aquí se analizará si esta tendencia y la posible aprobación de una ley en este sentido resulta compatible o no con la normativa de máxima jerarquía *supra* aludida en cuanto al reconocimiento del derecho a la vida desde que emerge como tal.

Así, a los fines del estudio pretendido, en primer término será necesario referirse a la normativa vigente y específica sobre este tópico en cuestión. Luego, se va a indagar en algunos precedentes de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se hayan referido al asunto que nos ocupa, con la consabida aclaración en cuanto a los límites de examinación. Definido ello, y en base a esta dimensión convencional, nos encontraremos en condiciones de sostener si los proyectos en boga contradicen la normativa suprema o si se admite su adecuación.

2. Marco normativo del derecho a la vida

Como ya se explicitó en el exordio, en nuestra Ley Fundamental no se hacía mención alguna al derecho a la vida y su protección se derivaba de su artículo 33 - que condensa los derechos no enumerados-, situación que se prolongó hasta el año 1994, cuando se produjo la constitucionalización de ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que si lo regulaban en forma concreta, con lo cual, el derecho a la vida pasa a tener un reconocimiento expreso en el sistema jurídico argentino³. En tal sentido, se ha dicho que *“el principal impacto de la jerarquía constitucional otorgada a la CADH ha sido que ahora, para fundar la*

³ En relación a este asunto, se debe recordar que en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina, anterior a la reforma de 1994, ya se le había reconocido jerarquía supralegal a los tratados internacionales. Con ello, hacemos referencia al conocido caso “Ekmekdjian c/Sofovich”, donde se admitió la plena operatividad del derecho de rectificación que no estaba consagrado en la Constitución Nacional, y si estaba previsto en el artículo 14 de la CADH.

vigencia de ese derecho, no es necesario acudir a los derechos implícitos o al derecho natural, sino que es posible aludir al derecho positivo constitucional”⁴

Concretamente, nos referimos aquí al artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (desde aquí, DADH), al artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH.), al artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño (a partir de ahora, CDN) y al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a seguir, PIDCP). No por reiterativo, deja de resultar necesario mencionar que la indagación se concentrara en el derecho a la vida en sus proyecciones iniciales y en las potenciales agresiones que pudiera sufrir.

Entrando en las previsiones aludidas y dentro del sistema interamericano⁵, el artículo I de la DADH establece que “[t]odo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Por su parte, el artículo 4.1 de la C.A.D.H. establece que “[t]oda 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”.

Luego, ya en el plano de los instrumentos de contenido universal⁶, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 6 propugna 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”. Corresponde aclarar que el citado instrumento en su artículo 1 estipula que niño es toda persona humana menor de dieciocho años de edad. A ello se debe agregar que la ley 23.849 - que incorporó la C.D.N al derecho interno- estableció que dicho estado o condición comenzaba desde la concepción. En virtud de ello, y de forma liminar, puede decirse que para nuestro país, todo niño, desde el

⁴ ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (Director). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 52.

⁵ En el marco convencional de la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual fue establecida el día 30 de abril de 1948 por 21 naciones del continente americano que suscribieron su Carta fundante.

⁶ En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), constituida el día 26 de junio de 1945 por 51 países de todo el mundo que firmaron su Carta.

momento de la concepción, tiene el derecho intrínseco a la vida. Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente en su artículo 6.1 establece que “[e]l 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”.

En cuanto a la faz interna, el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que la “*existencia de la persona humana comienza con la concepción*”, reconociendo este momento como el de inicio de la vida. Asimismo, se debe recordar que varias provincias argentinas reconocen expresamente el derecho a la vida en sus respectivas Leyes Fundamentales, sancionadas al abrigo del artículo 5 de la Constitución Nacional. En particular, en los artículos 4 y 19.1 de la Carta Magna de nuestra provincia de Córdoba se establece la protección de la vida desde la concepción⁷.

Cabe decir que en este acápite no vamos a realizar mayores referencias a las previsiones aludidas, limitándonos a un examen meramente descriptivo, lo cual será completado con el estudio de los precedentes jurisprudenciales a los que se hará referencia en el apartado que sigue. Asimismo, como aclaración metodológica previa cabe señalar que vamos a centralizar nuestro enfoque en los instrumentos del sistema interamericano, atento tratarse del ámbito comunitario de mayor cercanía en el que se encuentra inserta nuestra Nación.

3. Valor de la jurisprudencia supranacional.

Delimitado nuestro campo de análisis en cuanto a la faz normativa, corresponde adentrarnos en el estudio de algunos fallos que resultan de relevancia en la materia específica que nos ocupa, es decir, el derecho a la vida en cuanto a sus manifestaciones primarias. En razón de lo explicado en la última parte del apartado precedente, en este trabajo sólo se van a analizar resoluciones de la Comisión y de

⁷ Con preceptos de similar tenor, se expresan las Constituciones de las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Formosa, Salta, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos por cuanto constituyen la autoridad de aplicación de la DADH y de la CADH⁸.

Cabe decir que tanto la Comisión, en uso de su función consultiva, puesta de manifiesto mediante informes, dictámenes y opiniones (artículo 41 de la CADH), y la Corte en su función contenciosa, expresada a través de sentencias, resoluciones y medidas provisionales (artículos 61 a 64 de la Convención), cumplen un importante rol atento que actúan como guías interpretativas del referido instrumento.

Ahora bien, es oportuno recordar que lo precedentemente apuntado se materializa a partir del reconocimiento que los estados contratantes realizan a favor de los aludidos entes, siempre y cuando no se efectúen reservas. Concretamente, nuestra Nación no formuló reserva alguna respecto a la competencia consultiva de la Comisión, y a la contenciosa de la Corte⁹. Por ende, se encuentra sometida plenamente a esta faz convencional.

Relacionado a esto último, se debe recordar que en el ámbito de la justicia argentina, en el precedente “Gioldi”¹⁰ del año 1995, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) estableció que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) debe servir como guía para la interpretación de la normativa convencional atento que el expreso reconocimiento formulado por el Estado Argentino respecto a la competencia del mentado organismo jurisdiccional supranacional para entender todos los casos donde esté en juego la intelección y aplicación de la CADH. Al año siguiente, en el caso

⁸ Artículo 33. Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

⁹ En el instrumento de ratificación de dicho Tratado, firmado con fecha 14 de agosto de 1984 y depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno argentino, reconoce expresamente la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido. Vid. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina: (última consulta 14/05/2020).

¹⁰CSJN, “Recurso de hecho deducido por Osvaldo Iuspa (defensor oficial) en la causa “Gioldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa N°32/93” (sentencia de fecha 7 de abril de 1995, Fallos 318:514).

“Bramajo”¹¹, la Corte reconoció idéntico vigor a los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (desde aquí, Comisión IDH) en cuanto al carácter de directriz que aquellos ejercen respecto a las normas contenidas en la CADH¹².

Resulta necesario recordar que en el ya citado precedente “Ekmekdjian”¹³, sentenciado antes de la reforma constitucional de 1994, la C.S.J.N había afirmado que la intelección de las cláusulas de la CADH debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando en abono de dicha posición una opinión consultiva de dicho órgano jurisdiccional¹⁴.

Finalmente, se debe recordar que el artículo 75 inciso 22) de nuestra Constitución Nacional especifica que las convenciones de derechos humanos se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”, lo que implica que sus normas deben ser aplicadas respetando la interpretación que se hace de ellas en el ámbito internacional o regional en el que están insertas. Sumado a esto, los tratados internacionales deben interpretarse de acuerdo a los criterios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en sus artículos 31 y 32. En tal sentido, las pautas a seguir para desentrañar el sentido de cualquier expresión a la que aludan los tratados son la buena fe, el sentido común y corriente de la expresión, el objetivo y fin del mismo, su contexto y labor preparatoria.

4. Análisis de fallos.

¹¹ CSJN, “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa n° 44.891” (sentencia de fecha 12 de septiembre de 1996).

¹²Tal intelección se mantuvo en pronunciamientos sucesivos de la Corte que comparten los argumentos sustanciales ya esbozados, remitiéndonos a ellos *brevitatis causae*. En dicha orientación, los precedentes “Estévez”, “Carranza Latrubesse”, entre otros.

¹³ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho” (sentencia de fecha 07 de julio de 1992).

¹⁴ Comisión IDH, “Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, N° 7, p. 13, par. 14)”, de fecha 29 de agosto de 1986.

En este capítulo, se van a examinar resoluciones tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que hace a la interpretación del derecho a la vida en virtud de su referido rol de autoridades de aplicación de la CADH. Se va a centralizar el objeto de análisis en la cláusula contenida en el artículo 4.1 del referido Tratado, en cuanto, prescribe que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. De esta forma, lo que se intenta discernir es cuál es punto de inicio de la vida que se estatuye allí, es decir, cuando comienza la protección a la persona que aquel precepto discierne.

i. Baby Boy¹⁵

El primer precedente que se va a estudiar es un Informe de la Comisión IDH respecto a una petición presentada el 19 de enero de 1977 contra los Estados Unidos de Norteamérica. El reclamo que da sustenta al caso bajo análisis se dirige contra una sentencia dictada por la Corte Suprema del Estado de Massachusetts en el año 1976, en la que se absolvió al médico que inicialmente había sido condenado por practicar el aborto de un niño - identificado como “Baby Boy”- en el Boston City Hospital ubicado en ese Estado, el día 3 de octubre de 1973. Contra dicha sentencia absolutoria se formuló denuncia contra los Estados Unidos y el Estado de Massachusetts ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fundada en la violación al derecho a la vida protegido en el artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH), interpretado a la luz del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este último instrumento fue invocado sólo como pauta interpretativa, atento la no ratificación de la CADH por parte de Estados Unidos¹⁶.

¹⁵ Comisión IDH, Informe 23/81, Caso 2141, Estados Unidos de América, de fecha 6 de marzo de 1981

¹⁶ Dicho país integra la OEA y se encuentra abarcado por el artículo 106 de la Carta de dicho ente, que determina la existencia y las funciones de la Comisión. Sin embargo, no ha ratificado la CADH, por lo cual, no está sometido a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. *Vid.*

La decisión adoptada por la mayoría de la Comisión (cinco votos contra dos) consistió en declarar que la Corte Suprema de Massachusetts no había violado el derecho a la vida condensando en el artículo I de la DADH, atento que la protección no alcanzaba a los niños por nacer. Ello así por cuanto el citado artículo no lo manifestaba expresamente ni lo consideraba un derecho absoluto.

Para arribar a su decisión, la Comisión analizó la Declaración a la luz de sus trabajos preparatorios, en los cuales se había decidido no adoptar una redacción que estableciera el derecho a la vida en forma indubitable y abrazar en cambio una formula más flexible respecto a la que luego se terminaría receptado en la CADH¹⁷. En virtud de ello, afirmó que Estados Unidos de América tenía motivos para rechazar la queja de los peticionantes respecto a que la existencia de la vida principiaba desde la concepción.

En cambio, los dos miembros que votaron que Estados Unidos si había violado el artículo I de la Declaración, entendieron que dicha prerrogativa protegía el derecho a la vida de las personas desde la concepción y no desde su nacimiento.

En cuanto al segundo argumento sostenido por los reclamantes, en cuanto debía recurrirse a la Convención para interpretar la extensión al derecho a la vida previsto por el artículo I de la Declaración, la Comisión analizó los trabajos previos a la aprobación de la CADH. Luego de realizar esta tarea, concluyó que la incorporación de la frase "*en general, desde el momento de la concepción*" en el contenido del artículo 4.1., no significaba que quienes formularon la Convención hubiesen querido modificar el concepto de derecho a la vida aprobado anteriormente en la Declaración. De esta forma se deduce que la Comisión no quiso tomar partido por una posición estricta y asumió en cambio, una postura que permitiera conciliar los postulados del precepto en cuestión con el derecho interno de aquellos países que aceptaban la interrupción voluntaria de los embarazos, ya

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (última consulta 27/07/2020).

¹⁷ PAUL DÍAZ, Álvaro, "Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación", En PALOMO VÉLEZ, Diego (director), *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 18, N° 1, 2012. p. 88.

por causas excepcionales – abortos permitidos- o libradas al mero arbitrio de la mujer gestante.

Asimismo, agregó en la parte final de su pronunciamiento que aún si se considerara que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción en forma irrestricta, esto no sería susceptible de aplicación al Gobierno de los Estados Unidos de América o de algún otro Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) que no hubiera aceptado o ratificado la CADH, en tanto, no se encontraría obligado a ello.

Ahora bien, se debe recalcar que las opiniones de la Comisión no resultan concluyente, atento que es la Corte - con su competencia contenciosa- la que tiene mayor entidad para establecer o fijar la inteligencia definitiva que se le debe dispensar a los instrumentos internacionales en el sistema interamericano. Por ello, en la continuidad del trabajo, corresponde centrarnos en una serie de fallos de la CIDH en relación a nuestro objeto de indagación.

En forma preliminar, corresponde aclarar que hasta el día de la fecha, dicho órgano jurisdiccional no se ha pronunciado *stricto sensu* acerca del derecho a la vida y la permisión o prohibición del aborto en forma libre o incausado, sino que sólo ha hecho referencias tangenciales a dichos aspectos.

ii. Xákmok Kásek¹⁸

Se trata del primer precedente en que la CIDH se vio enfrentada con el derecho a la vida, en cuanto a una persona no nacida. En relación a los hechos, se trata de un reclamo formulado por la comunidad indígena Xákmok Kásek, quienes venían reclamando la propiedad de sus tierras ancestrales en conformidad con la legislación paraguaya, requerimiento que no había tenido éxito hasta ese momento. En consecuencia, los miembros de la Comunidad se habían visto obligados a residir

¹⁸ CIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de fecha 24 de agosto de 2010.

en un lugar que no contaba con los medios necesarios para su subsistencia. Esta situación había afectado la calidad de vida de sus integrantes, y en especial, su salud, lo que había provocado la muerte de varios de ellos, reclamo en el cual se incluyó a dos no nacidos.

Al momento de decidir, la Corte afirmó que Paraguay había violado sus obligaciones en reconocer la propiedad ancestral de la comunidad indígena, lo que había redundado en un peligro para la vida de sus integrantes. En tal sentido, consideró que el derecho a la vida no sólo era fuente de obligaciones negativas sino también positivas, observación que entendemos de enorme rendimiento práctico para el tema objeto del presente.

De conformidad a lo dicho, declaró al Estado paraguayo responsable de la muerte de algunos de los miembros de la comunidad. Ahora bien, respecto a los no nacidos - “no natos” en términos del tribunal-, indicó que los peticionantes no habían presentado argumentos en relación con la presunta violación de su derecho a la vida, ante lo cual, carecía de elementos de juicio para determinar la responsabilidad del Estado en este sentido.

Se observa así que el juzgador hizo una referencia específica – e importante- al derecho a la vida y además que tuvo por comprobado la transgresión a este derecho en cuanto al *factum*. No obstante, prefirió no resolver las implicancias de este derecho en cuanto a sus proyecciones iniciales – tema que aquí nos ocupa-, alegando una deficiencia jurídica. En relación a ello, Díaz afirma que dicha posición asumida por el tribunal contrasta con su práctica frecuente de utilizar el principio *iura novit curia* a fin de resolver las cuestiones sujetas a su tratamiento, con lo cual, entiende que la CIDH debiera haber resuelto sobre si el *nasciturus* era o no persona en los términos de la CADH, y por ende, desde cuando le correspondía el derecho a la vida¹⁹.

¹⁹ PAUL DÍAZ, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, op. cit. p. 64.

iii. Artavia Murillo²⁰

En este fallo, la Corte parece expedirse por primera vez sobre el inicio del derecho a la vida, pero no lo hace ante un caso concreto de aborto, sino al tratar sobre fertilización asistida, reiterando que nada ha dicho acerca de. En relación a la situación *sub judice*, el reclamo estaba motivado en la presunta prohibición general de practicar la fecundación *in vitro* vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Se alegaba que esta interdicción constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a la posibilidad de conformar una familia. En lo que aquí interesa, la CIDH indicó en su resolución que la vida comenzaba con la concepción, de acuerdo a lo dispuesto por la CADH. Tras ello, se centró en determinar cuál era su punto preciso de inicio, y de conformidad a las pruebas científicas en la materia, estableció la existencia de dos momentos posibles de desarrollo embrionario: el de la fecundación y el de la implantación.

En virtud de las evidencias analizadas consideró que la concepción implicaba un proceso que no podía ocurrir en forma dissociada del cuerpo de la mujer. Asimismo, indicó que la definición lexical de fecundación y la de concepción era diferenciada, consideración que se había tomado al redactarse la Convención. Por ello, entendió que en términos de la CADH, concepción equivalía a implantación del embrión en el útero de la madre, antes de lo cual no había derecho a la vida. Cabe recordar aquí que el Tribunal analizaba un caso de embrión formado mediante un proceso de fertilización asistida y no un embarazo natural.

Por otro lado, la CIDH interpretó que la cláusula “en general” del artículo 4.1 de la Convención, implicaba que se procuraba proteger o resguardar la vida humana desde la concepción, pero sin entrometerse en las disposiciones internas de los Estados partes que preveían el aborto, en su variante permitida en ciertos casos o de manera libre. Es decir, consideró que al momento de su redacción, la CADH

²⁰ CIDH, “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs Costa Rica”, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012.

utilizó una formula abierta que fuera compatible con las legislaciones de aquellos Estados que tenían reguladas excepciones internas al derecho a la vida del nasciturus. De tal manera, tal expresión se refería a la admisión de ciertas restricciones a la tutela del derecho a la vida, dentro de las cuales quedaban captadas las ya existentes en cada país al momento de la redacción del texto.

Por otro lado, indicó que el objeto y fin de la estipulación "en general" permitía equilibrar los derechos e intereses en conflicto, lo que en el caso, llevaba a sostener que la protección del derecho a la vida no era absoluta, sino gradual e incremental según el desarrollo. Así, su tutela no constituía un deber incondicional, sino que consentía la existencia de excepciones a la regla general.

Para justificar su posición, la CIDH recurrió en forma abundante a jurisprudencia de distintos tribunales, tanto de países particulares como de órganos de integración supranacional. Así, desde el mismo índice de la resolución en análisis, se observa que la Corte dedicó un capítulo entero al análisis de estos precedentes correspondientes a diversas regiones del mundo. Cabe aclarar aquí que lo hizo sin tener en cuenta las diferencias existentes entre los diversos textos legales susceptibles de aplicación por tales órganos jurisdiccionales.

En particular, citó numerosas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), donde se expuso que el derecho del feto a la vida no era absoluto del feto y que su valor no era superior al de la vida de la persona embarazada. No obstante, obvió que a diferencia del artículo 4 de la CADH, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido "en general, desde el momento de la concepción", el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos guarda silencio respecto a las limitaciones temporales del derecho aludido. Incluso, en sustento de su posición, cita un precedente donde explícitamente se reconoce la falta de previsión señalada²¹. Por otro lado, la Corte cita casos resueltos por Cortes de Justicia de los Estados Unidos de América, cuya regulación del aborto resulta a todas luces incompatible con la protección que la CADH le discierne al no nacido, a lo que se debe sumar que este país no ha ratificado dicho instrumento.

²¹ TEDH, "Caso Vo vs. France", sentencia de fecha 08/07/2004.

En definitiva, la Corte concluyó que Costa Rica había violado diversos artículos de la Convención (v.gr. artículo 5.1. que regula la integridad física de las personas), y mandó a que se aboliera la prohibición de las practicas de fertilización *in vitro*, que se regulara el procedimiento necesario para su realización y que se incluyera esta práctica en los programas de salud. No obstante todo el desarrollo aludido respecto al derecho a la vida y al momento de su inicio, no considero estrictamente transgredido el derecho a la vida que estatuye el artículo 4.1.

Cabe agregar que en este fallo, uno de los jueces votó en disidencia, criticando la perspectiva desde la cual enfocaba el asunto la mayoría, dado que relegaba el derecho a la vida del artículo 4.1 a una posición secundaria en relación con otros derechos. En tal sentido, indicó que el caso debía tratarse como una posible violación del referido precepto y no centrar su atención en la transgresión de los otros derechos comprometidos.

Por otro lado, indicó que la expresión “en general” no aludía a exclusiones tuitivas respecto al derecho a la vida, sino que por el contrario, generaba la obligación de protegerla desde la concepción, la cual se producía en el momento de la fecundación y no de la implantación. Relacionado a esto último, criticó lo sostenido por la mayoría en cuanto la concepción era un proceso donde la dignataria de mayor protección era la mujer, pues ello implicaría dejar al nasciturus a merced de la voluntad de la madre, y complementariamente negarle su derecho a la vida, lo que iba en contra del espíritu del artículo 4.1. de la Convención.

Finalmente, censuró la recurrente referencia a instrumentos ajenos a la CADH y a fallos de tribunales locales o internacionales de otras regiones del mundo usada para sustentar su decisión. Al respecto Paul Díaz afirma que esta forma de proceder podría llevar a los Estados ratificantes de la CADH a reclamar ante la CIDH, dado que acordaron someterse a su jurisdicción y no a décadas de precedentes del TEDH²².

²² PAUL DIAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, En *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 2, pp. 303-345, abril 2013. p. 318.

iv. Caso B

El último caso se trata de una presentación realizada en contra del Estado de El Salvador, por la situación de una mujer – identificada como “B”- que padecía una grave enfermedad - lupus eritematoso discorde- y que se encontraba cursando un embarazo lo que podría significar una amenaza para su supervivencia. Como dato adicional, el *nasciturus* padecía de anencefalia, lo que dificultaba su capacidad de vida extrauterina. En tal sentido, la Corte debía tratar si se autorizaba el aborto del *nasciturus* con el objeto de resguardar o no poner en riesgo la vida de la madre (aborto terapéutico), situación que estaba prohibida por la legislación del referido país.

La Corte Interamericana entró a conocer el caso a raíz de la solicitud de medidas provisionales cursada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en función de lo dispuesto por el artículo 63, segunda parte, de la CADH, donde se autoriza la adopción de aquellas en casos de extrema gravedad, urgencia y cuando resulte necesario para evitar daños irreparables a las personas. En virtud de ello, la Corte Interamericana recordó que su decisión en el caso no implicaba resolución sobre la posible violación de los derechos implicados, y derivado de ello, tampoco sobre la eventual responsabilidad del Estado.

Luego de considerar diversos informes médicos acerca del estado de salud de la gestante y del no nacido, y lo analizado en las instancias judiciales internas, entendió que se daban los requisitos que justificaban su actuación provisoria. En esta orientación, consideró que el estado de salud de “B” era grave, y que su situación de gravidez podía empeorarlo y llevarla incluso a la muerte. En lo relativo a la urgencia, indicó que pese a que en ese momento, se encontraba estable y respondiendo al tratamiento médico en curso, sus antecedentes clínicos sumados a su embarazo, podrían llevarla a un estado crítico en cualquier momento, atento el riesgo latente e implícito de su cuadro de salud. Finalmente, respecto al perjuicio irreparable que podría producirse en caso de no adoptarse las medidas necesarias,

se indicó que los médicos tratantes de “B” habían concluido que el tipo de embarazo que llevaba adelante podría traer aparejados riesgos en su salud, tanto física como mental.

En definitiva, al entender verificadas las exigencias *supra* expuestas, la CIDH dispuso que el Estado salvadoreño debía adoptar todas las medidas necesarias para dispensarle a “B” las medidas sanitarias que fueran adecuadas para asegurar la protección de sus derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la CADH y así evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables. De esta manera, se observa que la CADH sólo ordenó la adopción de disposiciones provisionales pero nada dijo sobre la efectiva transgresión de derechos. Complementariamente a ello, guardó absoluto silencio sobre la posibilidad general de admitir abortos -permitidos o no- en el marco de la CADH.

Luego de estos sucintos comentarios sobre los precedentes anteriores, corresponde analizar si la intelección que otorgan del derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1. de la CADH es adecuado a su espíritu, tras lo cual, se deberá contrastarlo con los proyectos que buscan legalizar el aborto incausado en nuestro país, los cuales deberán superar el test de convencionalidad. Adelantamos criterio desde ya, para afirmar que ningún intento legislativo de los planeados permite superar el baremo protectorio o tuitivo que surge del derecho aludido.

5. La (in)compatibilidad de los proyectos de legalización del aborto con el derecho a la vida.

Para comenzar este capítulo, se puede afirmar que los derechos humanos son aquellos que le corresponden a la persona humana por el solo hecho de serlo y que se derivan de su dignidad como tal, la cual le es intrínseca, y no dependiente de ningún reconocimiento ni gracia de las autoridades o poderes constituidos. A consecuencia de ello, los derechos humanos son universales, indivisibles, imprescriptibles e inalienables.

Tales caracteres propios de esta categoría de derechos, adquieren un nivel superior cuando nos referimos al derecho a la vida, en tanto existencia de la persona, dado que constituye la llave para poder ejercitar los demás derechos, los que necesariamente derivan o proceden del respeto a aquel. En tal sentido, la CIDH viene sosteniendo en forma inveterada que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de los demás²³. En palabras de la Corte, funciona como “*conditio sine qua non*” para el goce de todos los demás derechos²⁴.

En razón de ello, entendemos que cuando se habla del derecho a la vida no pueden admitirse enfoques restrictivos ni limitaciones de tipo alguno respecto a su extensión y su ejercicio, dado que contiene el “código de acceso” para la viabilidad de cualquiera de las otras atribuciones que los Tratados le reconocen a las personas. De la falta de vida, se sigue necesariamente la supresión automática o el no nacimiento de aquellas.

Con este criterio, huelga decir que la vida debe ser protegida y respetada desde sus primeras manifestaciones. Respecto a ello, el texto del artículo 4.1. de la CADH es claro y no deja dudas respecto a que el inicio de la vida se produce en la concepción del *nasciturus*. A partir de allí, los Estados ratificantes de dicho Pacto se comprometen a asumir tanto acciones negativas – impedir ataques- como positivas – fomentar su plena vigencia-, a fin de obrar de manera respetuosa a tal precepto. Ahora bien, la duda quedaba en determinar cuál era el punto exacto de inicio de la vida, es decir, cual es el sentido del término concepción. Ahora bien, la CADH no realizó disquisición alguna respecto al particular, por lo que, a fin de interpretar su contenido se debe atender a lo expresado en los trabajos preparatorios del documento.

En este sentido, de un análisis global de estos antecedentes, se puede concluir que los contratantes buscaron proteger la inviolabilidad del derecho a la vida con el

²³ CIDH, “Caso Baldeon García vs Perú”, sentencia de fecha 06/04/2006; “Caso Ximenes Lopes vs Brasil”, sentencia de 04/07/2006, entre muchos otros.

²⁴ ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (director). *La Convención Americana...*, op. cit. p. 40.

mayor énfasis posible en tanto derecho fundamental de cualquier ser humano, y no admitir – en principio- ninguna restricción. En virtud de ello, se puede colegir que el comienzo de la vida para la CADH se sitúa en el momento de la fecundación y no de la implantación, dado que admitir esta última hipótesis implicaría la existencia de un periodo ventana donde el niño por nacer quedaría desamparado y ajeno a la altísima protección que debe dispensársele a fin de garantizar su existencia independiente de su madre.

Vale decir que en el apartado anterior, se analizó el fallo Artavia Murillo, donde la CIDH consideró que el momento de la concepción se daba en la etapa de la implantación. Sin perjuicio de considerar erróneo ese razonamiento desde la consideración elemental de que lo hizo contraviniendo el sentido corriente y legal del término, debemos recordar que se trataba de un supuesto de fertilización in vitro, harto diferenciable de un proceso de embarazo natural, por lo cual, no resultaría aplicable a lo que se quiere analizar aquí. No obstante, dejamos sentado nuestra disconformidad con el criterio sustentado por la CIDH en dicho tramo, recordando que para sustentar su posición se apoyó en jurisprudencia o en normativa ajena al sistema interamericano y que por tanto, no nos vincula. Como una razón adicional para rechazar la postura de la CIDH en “Artavia Murillo” respecto a cuándo hay concepción, se debe recordar que al interpretar un derecho humano se debe estar "a favor de la persona", lo que conduce a tutelar al embrión desde que se produce la fusión entre el óvulo y el espermatozoide, o sea, desde que hay óvulo fecundado²⁵.

Ahora bien, no toda clase de aborto se encuentra prohibida en la CADH, sino que existen supuestos – excepcionales - en los que podría limitarse el derecho a la vida de la persona por nacer. Con ello, nos referimos a ciertos casos de abortos no legalizados, sino no punibles por diversas razones. Esto se justificaría a partir de la inclusión de la clausula “en general” en el artículo 4.1. de la Convención, cuya

²⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones”, En *El Derecho*, [277], Nro 14.379, de fecha 04/04/2018.

inclusión se realizó para compatibilizar el derecho a la vida allí recogido con las disposiciones internas de los países contratantes.

Ello resulta en un todo compatible con lo que prevé nuestro Código Penal - ley 11179 – desde 1921 en materia de aborto. En su artículo 86, 2do párrafo, incisos 1) y 2) admite la posibilidad de interrumpir un embarazo cuando su continuidad entrañe peligro o riesgo de vida para la madre – aborto terapéutico- o cuando el embarazo haya sido a consecuencia de la violación de una mujer idiota o demente - aborto eugenésico-. No podemos aquí no realizar una pequeñísima mención al fallo “F.A.L” de la CSJN, donde se extendió la posibilidad de practicar un aborto cuando el embarazo se produzca por una violación, aún cuando la mujer no posea tales alteraciones mentales.

Se debe resaltar aquí que el legislador penal, al momento de sancionar el dígito represivo, dispuso la no punibilidad o castigo de aquellos médicos que practiquen un aborto en las condiciones señaladas con el consentimiento de la madre, mas no legalizó tales conductas en el sentido de conceder el derecho a practicarlas, y en su caso, a petitionar al Estado medios para así hacerlo. Consagrar tal situación hubiera implicado una clara afrenta al espíritu de la Constitución, que siempre protegió el derecho a la vida, aún en forma de derecho no enumerado como se indicó en el exordio.

Cabe recordar que en “Artavia Murillo” la CIDH al interpretar la expresión “en general” incluida en el artículo 4.1, entendió que la protección de la vida no era absoluta, sino “gradual o incremental” según el desarrollo del ser humano, por lo que, su protección no constituía un deber incondicional. Dejamos aclarado que discrepamos con la inteligencia dada a tal clausula, atento que – como venimos diciendo- se trata de un derecho humano, que como tal no admite fragmentación y es universal, por lo cual, no se podría hablar de grados o niveles en su necesidad de protección. En cambio reiteramos que la expresión “en general” es la que permite la inclusión de excepciones a tal tutela, pero siempre justificada y en casos de suma excepción, tal como se encuentra regulado en Argentina.

Ahora bien, se debe recordar que nuestro país no sólo ratificó los términos de la Convención sin formular reserva alguna al artículo que establece la protección al derecho a la vida – en el año 1984-, sino que adicionalmente, a partir de 1994, elevó tal precepto a la máxima jerarquía normativa, a la cual, debe conformarse toda la legislación inferior de manera irrestricta. Con ello, su obligación hacia la tutela al derecho a la vida es aún mayor.

Es en este marco en el que debemos analizar los proyectos de legislar el aborto en su forma libre, sin necesidad de alegar motivo. Se aclara aquí que no se examinarán estas “protoleyes” en detalle, sino que sólo se hará una mención general al objetivo buscado. Aclarado ello, cabe decir que quienes llevan adelante esta corriente no sólo buscan su despenalización, es decir, que la conducta deje de ser reprimida, sino que se avanza un escalón más y se persigue la legalización de dicha práctica, lo que implicaría erigir la interrupción voluntaria del embarazo a la categoría de derecho.

En virtud de todo lo dicho, quedaría planteada una suerte de contienda entre el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho de la mujer decidir sobre su propio cuerpo²⁶, el cual se asentaría en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, el cual fue incorporado a la Constitución por el artículo 75 inciso 22). En razón de ello, habrá que realizar una ponderación de bienes jurídicos en juego, a los fines de decidir sobre la convencionalidad o no del proyecto. Así, entendemos que confrontados tales objetos de protección, no cabe duda alguna que la vida es lo más importante, por lo cual, la protección que debe dispensársele debe ser la más intensa que se pueda. Claramente debe primar el derecho a la vida por sobre cualquier otra atribución que pudiera concedérsele a las personas.

²⁶ En misma esta línea de análisis, cabe preguntarse, si el padre del *nasciturus* también tiene derecho a decidir continuar con el embarazo y que pasaría en caso de conflicto de intereses entre progenitores, cuestiones que no han sido previstas en los proyectos y que resultarían de sumo interés para abordar en un trabajo posterior.

Por todo ello, consideramos que cualquier proyecto legislativo que persiga la legalización del aborto libre e incausado – por fuera de los supuestos no penalizados por el Código Penal- resultaría claramente inconstitucional e inconvencional, por erigirse como atentatorio del fundamental derecho a la vida del niño por nacer, a quien debe reputarse un sujeto digno de las más alta protección institucional. En dicha orientación, resultan ilustrativas las palabras de Sagues en cuanto indica que *“la posibilidad de ultimar a un feto, nasciturus, sujeto en gestación, o como prefiera llamárselo, pero legalmente “niño” para el derecho argentino, sin causa legítima, y por el solo arbitrio de la progenitora, es una alternativa jurídicamente inviable, inconvencional e inconstitucional”*²⁷.

6. Palabras finales

A modo de cierre del presente trabajo, corresponde reiterar la importancia que tiene el derecho a la vida en tanto y en cuanto se trata de un derecho fundamental que opera como una suerte de *check-in* para la posibilidad de usar y gozar de cualquiera de las otras potestades esenciales que disciernen los instrumentos normativos de mayor jerarquía. Resulta hartó lógico resaltar que una persona sin existencia, no va a poder disfrutar de cualquier otro derecho, circunstancia que - por obvia y reiterativa- no deja de ser destacable en el contexto de este trabajo.

Por tal motivo, una ley que admitiera el aborto sin motivo sería manifiestamente inconvencional en los términos del artículo 4.1 de la CADH e inconstitucional conforme el artículo 75 inciso 22), por cuanto implicaría consagrar o legitimar la eliminación – o al menos la posibilidad- sistemática de seres humanos, que debieran ser protegidos. Incluso, se puede decir que debieran gozar de una protección mayor por tratarse de personas por nacer, cuya existencia todavía no se ha materializado y no es independiente. En tal sentido, no podemos obviar que la

²⁷ SAGUES, Nestor Pedro. “Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa legítima”, En *Pensar en derecho*. Eudeba-Universidad Nacional de Buenos Aires, año 7, nro. 12, 2018. p. 33,

realización del control de constitucionalidad -y de convencionalidad²⁸-, en tanto, inadecuación de una norma de derecho interno a las previsiones de máxima jerarquía debe ser realizado por los tres poderes del Estado y no sólo por un tribunal de justicia como se pensaba de antaño. Así, se puede distinguir una forma de revisión ex ante y otra ex post de acuerdo a cuál de los departamentos lo ejerza. En tal sentido, los legisladores tienen que formalizar dicha inspección antes de promulgar las leyes, cuando consideren que el contenido de alguna resulta repugnante o violatorio de alguna cláusula constitucional. En la misma dirección, el Poder Ejecutivo tendría que ejercer el derecho de veto que prevé el artículo 99 inc. 3, si considera que una ley va a ser contraria o repugnante a las previsiones de máxima jerarquía normativa.

Recién luego aparece el control judicial o *stricto sensu*, el cual es ejercido por los tribunales²⁹, ante la existencia de un caso concreto donde se produzca una colisión entre preceptos de máxima jerarquía y otros ubicados en un estamento inferior de la pirámide normativa. En tal sentido, para que funcione se debe alegar la existencia de una transgresión específica, lo que debiera llevar al órgano juzgador a declarar la inaplicabilidad del precepto en cuestión al caso concreto. Así, no se trata de una decisión que abarque el universo completo -*erga omnes*- sino sólo referida a ese caso -*inter partes*-.

Ahora bien, realizando un ejercicio hipotético, piénsese si los legisladores y el órgano ejecutivo no ejercieran el control que deben llevar adelante para garantizar el derecho humano a la vida que le corresponde a los *nasciturus* y que deriva de los Pactos de derechos humanos referidos, que así lo reconocen, y se sancionara una ley que admita los abortos de manera libre o sin expresión. Ello habilitaría que se comience a realizar esta práctica, convalidando una clara agresión, al permitir la matanza de personas por nacer.

²⁸ Dicho término fue usado por primera vez por la CIDH en el “Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

²⁹ Vale recordar que en el sistema argentino, se disciplina un tipo de control difuso, es decir, que puede ser realizado por cualquier tribunal de la jerarquía que sea.

Recién ante el acaecimiento de un suceso concreto – con el carácter claramente luctuoso que implica-, podría requerirse la intervención de un tribunal de justicia, que comenzaría a analizar la cuestión. Respecto a ello, no se puede soslayar que – por diversas razones que aquí no interesa ahondar- los tiempos judiciales corren más lentos que los de las personas, lo que conspira contra el objetivo de proteger al derecho a la vida, dado que en el trajinar de un caso judicial se seguirían produciendo muertes de personas por nacer.

En virtud de ello, entendemos que aquí es donde se tiene que hacer mas fuerte el control de convencionalidad ex ante – y no a posteriori-, a fin de evitar que se comiencen a producir muertes de personas por nacer, entes que nunca verían consolidada su existencia por el arbitrio de una tercera persona, fuertemente relacionada con él, pero ajena a su dominio en cuanto a la titularidad del derecho. Con ello, podemos darle un contexto a la frase que se citó al comienzo del trabajo, por cuanto las posiciones favorables al aborto están protagonizadas por personas que ya han nacido, es decir, a quienes no se les negó el primordial derecho a la vida. No podemos soslayar que la CSJN ha reconocido hace unos pocos años³⁰, la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad – a lo que deberíamos agregar la inconvencionalidad- de una ley, cuando su contenido vaya en contra de previsiones de máximo valor normativo. Entendemos que dicha alternativa seria completamente viable en caso que fallara la revisión legislativa ex ante, por la esencialidad de los derechos que estarían puestos en juego, esto es, el derecho a la vida del niño por nacer.

En relación a lo que se viene diciendo, no podemos dejar de considerar las objeciones que se le formula a la tarea de los jueces, en tanto sujetos no elegidos democráticamente, en su tarea invalidativa de una ley sancionada por los otros poderes, cuyos representantes si han sido escogidos por la voluntad del pueblo³¹.

³⁰ CSJN, “Rodríguez, Pereyra Jorge Luis y Otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios” (sentencia de fecha 27 de Noviembre de 2012).

³¹ Aquí nos referimos al denominado argumento contramayoritario. Para un mayor abundamiento, ver GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011.

Así, quienes sostienen tal postura tendrían mayores estímulos para realizar sus críticas cuando la tarea jurisdiccional revisora sea ejercida de oficio. Más allá de no compartir los fundamentos que sustentan tales diatribas, podríamos decir que en este caso particular, la esencialidad del derecho puesto en juego, y la posibilidad concreta de que se pierdan vidas humanas, nos debería conducir a sostener la plena vigencia de un control de constitucionalidad que no requiera la existencia de un caso concreto ni una excitación extraña de parte interesada y/o afectada.

Reiteramos aquí que hay casos donde tal situación va a ser admitida, supuestos que ya se encuentran regulados desde hace varias décadas - los referidos abortos terapéutico y eugenésico-. En tales situaciones la admisión de un aborto luce como razonable, a la luz de lo que quiere la CADH y se trata de situaciones que se encabalgan en la admisión de excepciones – restringidas y con motivo- a la tutela del derecho a la vida que surge de la cláusula “en general” de su artículo 4.1.

Se puede concluir este trabajo, reafirmando que cualquier intento de legalizar el aborto sin expresión de causas, por fuera de los supuesto excepcionales, no resulta una opción válida o tolerable por comprometer fuertemente un bien jurídico digno de la mayor tutela jurídica estatal posible, manifestada en acciones negativas y positivas. De tal manera, entendemos que en el sistema constitucional argentino, el derecho a la vida del nasciturus y el aborto libre e incausado, constituyen asuntos separados.

7. Bibliografía

- ABREGU, Martin, Curtis, Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (Director), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2013

- PAUL DÍAZ, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, p. 88 en Palomo Vélez, Diego (Director), *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 18, N° 1, 2012, pp. 61-112.

_____, “La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, p. 318, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 2, pp. 303-345, abril 2013.

- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones” en *El Derecho*, [277], Nro 14.379, de fecha 04/04/2018,

_____, “Problemática constitucional y convencional del proyecto de derecho al aborto discrecional, libre o sin causa legítima”, p. 33, en *Pensar en derecho*, Eudeba-Universidad Nacional de Buenos Aires, año 7, nro. 12, 2018.