



En defensa del niño por nacer.

Por medio del presente trabajo<sup>1</sup>, se efectúa un análisis respecto de un caso de aborto sucedido a mediados del año 2006 en la República Argentina. El interés fundamental del mismo está en la vigencia de los argumentos a favor de la vida, lo cual permite su utilización ante futuros casos de aborto.

Dado que uno de los argumentos que se oponen a quienes defienden el derecho a la vida del niño es que dicha defensa se basa en razones de tipo *religioso*, se procede a una defensa de la vida desde el punto de vista puramente científico. Se intenta demostrar como la reacción ante la injusticia, o en este caso ante la agresión, no es privativa sólo de quienes adhieren a la religión católica, por ejemplo, sino que constituye un natural impulso del hombre racional y aun de los irracionales. Tal reacción proviene del dictamen de una ley natural que poseen todos los hombres.

Por último se señala cómo resulta una verdadera arbitrariedad lo que se denomina *el tratamiento diferenciado de la persona por nacer*. La ciencia (ver pto. 3), ha demostrado cómo el ser que se encuentra en el seno materno reúne las características propias de un ser humano. En consecuencia es humano y no un vegetal. Por ello mismo no sólo resulta arbitrario negar su condición de persona sino también tratar de un modo diverso el homicidio y el aborto, como si el hecho de permanecer en el seno materno redujese a ese nuevo ser a la condición de "*menos persona*". La sola consideración del estado de indefensión del nasciturus lo coloca en una situación especial que aun permitiría agravar la escala penal en los casos de aborto. Resulta evidentemente más cobarde acabar con la vida de un ser que dentro del seno materno no tiene escapatoria alguna, a dar fin a otra que aún débilmente posee esa posibilidad de defensa. Por las razones que se tratan en el presente trabajo resulta un acto de barbarie proponer la despenalización del aborto. Por el contrario, una sana política legislativa debería penarlo con mayor severidad o por lo menos, igualarlo con la pena que sufre quien comete cualquier otro homicidio dado que, como sabemos, el niño por nacer es también una persona.

---

<sup>1</sup> Anteriormente publicado en "El Derecho", diario de Doctrina y jurisprudencia. Universidad Católica Argentina. N° 11.667, año XLV. Martes 2 de enero de 2007. ISSN 1666-8987.

## **Comentario a la causa Ac. 98.830, "R., L.M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'", en relación a la cuestión del aborto de la persona por nacer. Un análisis a la luz del Derecho Natural y el Derecho Positivo.**

Nos proponemos formular algunas reflexiones a propósito de la causa de la menor L.M.R, sentencia del Superior Tribunal de Justicia De La Provincia de Buenos Aires con fecha 31 de julio de 2006, que puso nuevamente en debate el tema del aborto. Nuestra intención es, por tanto, puntualizar aquellas cuestiones que han sido tratadas a propósito del tema del aborto y de la sentencia emanada del superior tribunal de justicia.

1. ¿Puede el caso que nos ocupa, ser resuelto sólo en términos de pura legalidad?
2. El derecho a la vida es un derecho reconocido por el derecho natural y no privativo de religión alguna.
3. El comienzo de la vida humana constituye una problema científico no privativo o impuesto por religión alguna
4. Es la errónea distinción de diferentes momentos en el desarrollo embrionario, lo que permitiría la ejecución del aborto en determinado momento.
5. El tratamiento penal de la persona por nacer.
6. Conclusión

### **1. ¿Puede el caso que nos ocupa, ser resuelto sólo en términos de pura legalidad?**

Se ha sostenido, en torno de la causa que nos ocupa, que la práctica del aborto estaba permitida en virtud del texto del art. 86 inc. 2 de nuestro código penal. El mismo sostiene: *....El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible... [...] 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.* Por otra parte, se objetó, en contra de tal afirmación, que el código penal se encuentra subordinado jerárquicamente a los tratados internacionales, los cuales tienen jerarquía constitucional desde la reforma de 1994. ( art 75.inc. 22 C.N). Ante ello, quienes se mostraron favorables a la práctica abortiva, debieron encontrar una justificación en los tratados internacionales, de modo que el art. 86 inc 2 C.P no resultara inconstitucional. Así, pues, se obtuvo una solución del siguiente modo: se logró una justificación, para la práctica del aborto, a través de un literal recorte del art. 4 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica. Veamos de qué modo.

El art. 4 inc. 1 de dicho tratado internacional expresa: *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.* La postura pro-aborto sostuvo que la expresión y, en general permitía la realización del aborto en algunos casos, y ello era lo que estaba previsto en el art. 86 inc. 2 C.P. La expresión y, en general, *adujeron*, permitía las excepciones debido a que la literalidad de la norma no señalaba que se habría de proteger la vida, siempre, desde el momento de la concepción. Esto implicó, claramente, trasladar la cuestión de fondo a un plano secundario, para intentar resolver el caso concreto mediante el recurso a la pura literalidad de la norma. O dicho de otra forma: no discutir sobre el contenido de la norma sino sobre la forma de la misma. No analizar si una determinada disposición era justa o injusta sino, si la letra lo permitía o no.

Ante semejante reducción de perspectiva se deben formular algunas observaciones. La primera podría expresarse como sigue. Se parte de un análisis del art. 4 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica que no guarda armonía, por un lado, con el mismo enunciado del art. 4 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica y, por otra parte, con el resto de los tratados internacionales que la República Argentina oportunamente ratificó, otorgándoles jerarquía constitucional en el año 1994.

La contradicción con el mismo enunciado del art. 4 inc. 1 tiene lugar debido a que, aun cuando éste permitiera la apertura de excepciones, para determinados casos, dicho artículo no se limita a aquella parte del mismo que abre la salvedad. Antes de dicha expresión, se lee en la primera parte, que *toda persona tiene derecho a que se respete su vida* y posterior a la expresión y *en general* se encuentra la afirmación de que *Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente*.

Por otra parte, dicha salvedad que observan quienes quieren evitar la inconstitucionalidad del art. 86. inc 2 del código penal, resulta también contraria respecto de los diversos tratados que, en el ámbito del derecho internacional, la República Argentina ratificó y que, como dijéramos, a partir del año 1994 alcanzaron jerarquía constitucional. En el marco del fallo en cuestión, y a través del voto del Dr. Pettigiani se han descrito, con detalle, los diversos artículos de los tratados internacionales que defienden el derecho a la vida. Así, en el punto número 5 de su voto, dicho juez realiza una enumeración de la legislación internacional que la Argentina ratificó.

*El art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC y P): "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 (inc. 1).*

*El art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DAD y DH): "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".*

*El art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".*

*El art. 6 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".*

*El art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) llamada Pacto de San José de Costa Rica : "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".*

*El Art. 3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) llamada Pacto de San José de Costa Rica : "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".*

*El artículo 1 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad", a lo que la República Argentina formuló la siguiente reserva al ratificar la Convención: "Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".*

*El art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): "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".*

Sin duda pues, la pretendida excepción que permite la ejecución del aborto en el caso que nos ocupa, resulta contraria al espíritu de todas las normas que, sobre el derecho a la vida, ha ratificado nuestro país.

Es repetida la argumentación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que, si bien debe ser respetada la literalidad de la norma, la misma debe ser interpretada teniendo en vista la realización de la

justicia, la intención del legislador y el espíritu de la norma a través de una interpretación armónica. Ello se ve reflejado en diversos fallos entre otros *Perón, Juan D. s/ Sucesión. Buenos Aires, abril 26 de 1983, donde dice en el consid. 7°: Que circunscripto el ámbito legal en estudio, cabe acotar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos, t. 299, p. 167; t. 300, p. 687; t. 301; p. 958), pero que además, la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma (Fallos, t. 290, p. 56; t. 302; p. 1284 Rev. LA LEY, t. 1975 B, p. 1; t. 1981A, p. 401); todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos, t. 297, p. 142, t. 299, p. 93; t. 301, ps. 460, 1149; t. 302, p. 1600; sentencia del 22 de junio de 1982 "in re": "Cima, Soc. en Com. por Accs. c. Estado nacional A. N. A." - Rev. LA LEY, t. 1977C, p. 455; t. 1978B, p. 67; Rep. LA LEY, t. XLI, JZ, p. 1901, sum. 63; Rev. LA LEY, t. 1981D, p. 591; t. 1983A, p. 467).*

A la luz de lo dicho hasta aquí corresponde preguntarnos: ¿Qué es lo que se ha pretendido mediante la resolución de nuestro caso, en los términos en que dicha resolución fue fundamentada? Al parecer, se ha pretendido que el artículo 86 inc. 2 del código penal no se torne inaplicable por causa de la vigencia de los tratados internacionales. Ello se intentó mediante una interpretación literal, pero claramente contraria al espíritu que animó al legislador al momento de dictarse los diversos tratados internacionales. Además de ello, puede observarse, una hermenéutica contraria a la forma en que deben interpretarse las normas sobre derechos humanos, que, según sostiene el moderno derecho constitucional, deben procurar ser ampliatorias de los derechos y no restrictivas. También podríamos preguntarnos cuál es el rol que se asigna a los diversos principios del derecho constitucional y del derecho penal, que, en materia de derechos humanos, resultan insoslayables. ¿Cuál es el papel que se le da a los principios *pro vida, pro libertad, favor debilis, pro homine* en la consideración de quienes se han manifestado a través del voto para resolver el presente caso? ¿No pretende el mismo derecho penal un tratamiento más benigno, de quien es condenado por un delito, a través de principios como el *in dubio pro reo*? ¿Porqué en este caso, a través de una interpretación carente de armonía con el resto de la legislación sobre derechos humanos, se practica una comprensión de las normas que aniquila el derecho a la vida de quien no cometió delito alguno, esto es, según la letra misma de nuestra legislación civil, de la persona por nacer?

Dos deben ser hasta aquí nuestras conclusiones. En primer lugar, en la actualidad, no nos encontramos ante un conflicto de leyes, como se sostuvo, o ante una mala praxis jurídica por la inaplicabilidad de lo prescripto por el art. 86. inc. 2 del código penal. En segundo lugar, el grave problema de la determinación apropiada del momento en que una nueva vida comienza, parece haber sido soslayado. Desde el punto de vista de una posición ius-naturalista, vale decir que atiende primariamente a la realidad misma, este segundo aspecto adquiere la mayor importancia pues, de la determinación del momento en que la vida comienza depende que, tanto la letra del art. 86 inc. 2 del Código Penal, como el criterio para su aplicación, para el caso de autorizar la ejecución del aborto, se tornen instrumentos legales para la autorización de la ejecución de un ser humano sin que medie para ello más que la determinación de su madre o la resolución de un magistrado.

## **2. El derecho a la vida es un derecho reconocido por el derecho natural y no privativo de religión alguna.**

Se ha sostenido que quienes oponían razones contrarias a la práctica del aborto, lo hacían en virtud de sus convicciones religiosas y/o morales. Ello restaría fuerza a sus argumentos pues, desde el punto de vista de un estricto derecho positivista, ninguno de esos niveles debe penetrar en el ámbito de comprensión de la norma positiva vigente. Sin perjuicio de apuntar que en modo alguno el positivismo jurídico implica el abandono de argumentos morales y religiosos, corresponde señalar que el Derecho Natural de base metafísica, defendido desde Sócrates hasta Tomas de Aquino sin interrupción, no se sustenta en convicciones religiosas sino estrictamente racionales. Otra cosa sería admitir que la religión Católica ofrece un amplio margen para la racionalidad.

Lo que ha llevado a la postergación de la interrupción del embarazo es que dicho acto resulta, desde el punto de vista del Derecho Positivo, controvertido si se lo examina a la luz de los tratados internacionales que protegen el derecho a la vida.

Ahora bien, pasando al análisis acerca de la consideración, por parte de un juez, de valoraciones morales y/o religiosas, debe concluirse que la misma naturaleza del caso, obliga a un conocimiento exhaustivo de la naturaleza de la cosa y de las circunstancias en cuestión. Sin duda, el problema del comienzo de la vida, aquí soslayado, y la posibilidad de la interrupción de la vida de un semejante, pertenecen, no sólo al campo del Derecho Positivo, sino principal y prioritariamente al de la moral y la religión. De que otra forma entonces podrían entenderse las reivindicaciones frente al genocidio? Debe tenerse en cuenta que cuando el positivismo jurídico prohíbe la consideración de aquello que podríamos llamar los Derechos de Dios sobre sus criaturas, actúa, sin duda, en función de una muy clara toma de posición religiosa. Cuando los derechos de Dios son de este modo suprimidos, toman su lugar los derechos puramente humanos, o lo que es lo mismo, el puro voluntarismo. Traducido a nuestro caso ello significa: no justifiques una decisión de acuerdo a tus valores morales, tu religión o ideología, mas debes permitir que yo lo haga.

De cualquier forma es necesario aclarar que resulta erróneo, como hemos dicho, sostener que la cuestión del derecho a la vida sea sólo defendida o privativa de una o unas religiones. La reacción ante la injusticia constituye un natural impulso que tienen todos los seres humanos. Se trata de un impulso tan natural como el de la racionalidad y el de la religiosidad. Para apoyar esta idea quiero citar un texto del médico brasileiro Joao Evangelista dos Santos Alves, miembro titular del colegio brasileiro de cirugías quien sostiene: *Sin duda alguna, repito, el aborto provocado- visto a la luz natural de la razón, sin cualquier connotación religiosa- consiste en la destrucción de una vida humana inocente e indefensa en la aurora de su existencia...*<sup>2</sup>

Posteriormente el mismo autor afirma: *No es necesario recurrir a la religión para condenar el homicidio, la tortura, el secuestro, el robo, etc., pues constituyen problemas de derecho natural, así también la práctica del aborto, que como el homicidio, consiste en brutal falta de respeto al derecho humano fundamental que es el derecho a la vida...obviamente el derecho a la vida es atributo de todos los seres humanos, por tanto cualquier atentado contra la vida humana inocente, desde la concepción, constituye falta condenable, sea practicado por una persona religiosa o por un ateo convencido.*<sup>3</sup> Finalmente afirma Juan Pablo II en su encíclica Evangelium Vitae: *La cuestión de la vida y de su defensa y promoción no es prerrogativa únicamente de los cristianos...se trata, en efecto, de un valor que todo ser humano puede observar, con la misma luz de la razón.*<sup>4</sup>

### **3. El comienzo de la vida humana constituye un problema científico no privativo o impuesto por religión alguna.**

El tercer punto que nos interesa tratar, por otra parte ya anticipado, es el referido al comienzo de la existencia de la persona.

Aunque se trata de una cuestión repetida y más que conocida en el ámbito científico, parece prevalecer el empeño por no atribuirle el debido reconocimiento. La determinación del comienzo de la existencia de la persona no es privativa de una religión, o impuesta por alguna de ellas. Consecuente con una postura ius-naturalista, debemos comenzar nuestro análisis examinando las conclusiones de la ciencia misma. Lucas J. Lennon sostuvo:

*Tan patente es para la biología que el momento de la concepción señala el nacimiento de una vida, que el eminente ginecólogo español José Botella Llusia se atrevió a decir que es más difícil disculpar un aborto para un biólogo que para un teólogo.*<sup>5</sup>

Por otra parte Jerome Lejeune, genetista reconocido expresaba:

---

<sup>2</sup> Joao Evangelista dos Santos Alves, Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissao da vida, en A vida dos direitos humanos, Bioética Médica e Jurídica, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1999. p. 230

<sup>3</sup> Op. cit, p. 232.

<sup>4</sup> Op. cit, p. 232.

<sup>5</sup> Lucas J. Lennon, la protección penal de la persona por nacer, en Derecho a Nacer, Buenos aires, Abeledo Perrot, 1993. p. 57.

*No quiero repetir lo obvio, pero la verdad es que la vida comienza con la fecundación.*

*Cuando los 23 Cromosomas masculinos se encuentran con los 23 Cromosomas femeninos todos los datos genéticos que definen al nuevo ser humano ya están presentes, la fecundación es el marco de la vida.*

En otra oportunidad también expresó:

*Aceptar el hecho de que después de la fertilización, un nuevo ser humano comenzó a existir no es una cuestión de gusto u opinión.*

*La Naturaleza humana del ser humano, desde su concepción hasta su vejez no es una disputa metafísica. Es una simple evidencia experimental.<sup>6</sup>*

El Derecho Positivo no se propone corregir a la ciencia ni crear desde la nada una realidad. El derecho busca en la realidad su más profunda estructura ontológica. Luego, desde allí, se propone corregir aquellas desviaciones que impiden el normal progreso de las potencialidades de todos los seres hacia su bien específico. Para ello el jurista debe partir de la juiciosa composición de la situación y de la naturaleza de la cosa controvertida. Proceder de otro modo implicaría juzgar sobre lo desconocido. Es por ello que, siendo su punto de partida lo real aquí y ahora, la ciencia constituye su valioso auxiliar.

#### **4. Es la errónea distinción de diferentes momentos en el desarrollo embrionario, lo que permitiría la ejecución del aborto en determinado momento.**

El cuarto aspecto a tratar constituye una ampliación del tercero. Si bien la posición positivista ha criticado el recurso a argumentaciones extra-jurídicas tales como las antes enunciadas, no ha dejado por ello de recurrir a la realidad, sólo que de un modo sensiblemente más restringido que aquel que proponemos desde nuestra posición sustentada en el Derecho Natural. Nuestro análisis debe ser exhaustivo pues este caso puede servir como precedente para la realización de abortos en iguales condiciones. Algunas argumentaciones permiten delinear el siguiente criterio de parte de los defensores del aborto. En efecto, se ha sostenido que el aborto debía haberse realizado antes<sup>7</sup>. Basado en el mismo argumento, se intenta responsabilizar a la misma justicia por la no realización del aborto<sup>8</sup>.

Como hemos sostenido, lo que en rigor está en juego es la determinación del momento del nacimiento de la persona humana. La distinción de diversos estadios antes de constituirse la persona en el seno materno, basada en el argumento que el embrión comenzaría a ser persona a partir de un momento, parece una vez más contraria a la ciencia misma y a sus conclusiones al respecto de nuestro caso. Si recurrimos exclusivamente a la ciencia, en un análisis objetivo de la condición de la *persona por nacer*, podremos observar que lo que se decide aniquilar con apenas algunas semanas de desarrollo es sin más un ser humano en proceso de desarrollo. Según las conclusiones científicas en que nos apoyamos, en modo alguno se produce un pasaje a la condición humana en un momento dado de la existencia del embrión. El Dr. Dornival Da Silva Brandao, médico especialista en Ginecología y Obstetricia, afirma: *Desde el punto de vista biológico no existe un proceso de humanización. El feto o es humano desde el inicio de su vida o no será jamás: no hay un momento que marque el pasaje de no humano a humano....El feto es un ser vivo humano y completo. Humano por su constitución genética específica y por ser generado por humanos, desde que cada especie sólo es capaz de generar seres de su propia especie. Completo: En el sentido*

<sup>6</sup> News Exchange of the World Federation of Doctors who respect the Human Life, Vol. 8, Nro 12, Septiembre y Octubre de 1982, extraído de Lejeune Jerome: cuando comienza el Hombre. Discurso ante el subcomité del senado de los EEUU el 23 de Abril de 1981. Revista Palabra, España nro 212, III-1983- ( 133).

<sup>7</sup> Cfr. Clarín del Jueves 3 de Agosto de 2006. *En la semana 20, un aborto sólo está justificado ante el riesgo de vida de la mujer. Se dejó pasar mucho tiempo. Se debería haber hecho hace mucho...* Mario Sebastiani Médico, Presidente de la Asociación Argentina de Ginecología y Obstetricia Psicósomática.

<sup>8</sup> La Nación Viernes 4 de Agosto de 2006. *Las diputadas del Frente para la Victoria Diana Conti y Graciela Rosso presentarán hoy un pedido de juicio político para la jueza de Menores Inés Siro, a quien responsabilizan por la demora que impidió la realización del aborto a una joven discapacitada.*

de que nada más que sea esencial a su constitución le es agregado después de la concepción. Necesita de alimento y oxígeno, como de hecho todos necesitan para sobrevivir. Desde el primer momento de su existencia, ese nuevo ser ya tiene determinadas todas sus características personales como sexo, grupo sanguíneo, color de piel, ojos, etc. Inclusive las características que aparecerán en el futuro, como por ejemplo las enfermedades genéticas.<sup>9</sup> El cigoto portador del genoma es el sujeto de su propio desenvolvimiento, es quien detenta y ejecuta su programa genético a través de una realización coordinada, continua y gradual. Coordinada: Durante todo el proceso de desenvolvimiento hay una sucesión de actividades moleculares y celulares, dirigidas por el genoma, que determina la secuencia y el momento de cada evento. Continua: el ciclo vital prosigue hasta la pubertad, cuando se completa la configuración somática propia de un individuo adulto de la especie humana. En ese momento además de los caracteres sexuales secundarios, adquiere una característica esencial del ser vivo: La capacidad de Reproducción. Pero no se detiene allí, puesto que, del cigoto a la senectud, es siempre un ser en transformación, dentro de una misma y propia identidad ontológica. No es exacto decir que el embrión o feto es un ser en formación. En ningún caso hay mudanza ontogénica. Es el mismo ser que, desde la fusión de los gametos, se desenvuelve continuamente. Cambia la forma, no cambia el ser.<sup>10</sup>

La larga cita nos dispensa de mayores comentarios. Como hemos dicho, una sana posición realista nos obliga a admitir el aporte interdisciplinario, lo que en nuestro caso, nos obligaría por su parte, a admitir que al menos estamos frente a una situación controvertida, pues el parecer científico de los defensores de la existencia de etapas *pre-humanas* en el embrión no parece unánime. Una vez más debemos destacar que el Derecho no se deduce desde un principio general e intangible sino que se encuentra en la profundidad de las cosas mismas.

## 5. El tratamiento penal de la persona por nacer.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, nos parece interesante formular una observación respecto de la opinión de algunos de los jueces que han votado en esta causa. En efecto, se han utilizado argumentos de algunos penalistas, como Donna, quien sostiene que *en el derecho argentino el feto no es titular de derechos de igual forma que el recién nacido*.<sup>11</sup> El citado penalista también afirma: *Sin embargo, la misma ley condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona*<sup>12</sup>. Este razonamiento constituye uno de los ejes seguidos por la doctrina a la hora de proteger en forma diferente la vida de la persona por nacer.

Ahora bien, nos proponemos demostrar que se trata de un razonamiento erróneo. La legislación Civil que cita Donna, no condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona. Por el contrario expresa claramente que *desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas*. Expresa también el Art. 70 que *antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida*. La persona existe desde el momento de su concepción. Tal como sostuvo el codificador, puede adquirir derechos antes de nacer, que se consolidan cuando nace con vida y que quedan irrevocablemente adquiridos. Donna y quienes siguen esta doctrina, razonan equivocadamente al afirmar que la ley condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona, basándose en el Art. 74 del C.C en el que se lee: *Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno serán considerados como si nunca hubiesen existido*. Luego, de acuerdo con este artículo del Código Civil interpretan que el nacimiento con vida es condición para que el feto sea considerado persona.

Es importante analizar el Art. 74 del C.C e interpretarlo en concordancia con los respectivos artículos del C.C que tratan sobre la persona por nacer y sus derechos, ya que en lo referido a este tema, Vélez habría caído en contradicciones imperdonables, si se siguiese la interpretación del penalista citado. Si interpretáramos que de acuerdo al Art. 74 del C.C,

<sup>9</sup> Dernalva Da Silva Brandao, A vida Dos Direitos Humanos, Bioética Médica Y Jurídica , pag 23, O Embrião e os direitos humanos, O Aborto terapéutico. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

<sup>10</sup> Dernalva Da Silva Brandao; op. cit. ,p. 24.

<sup>11</sup> Donna, Edgardo; Derecho Penal, parte especial, tomo 1, 2da edición actualizada, ed. Rubinzal-Culzoni, año 2003. p. 165.

<sup>12</sup> Loc. cit.

Vélez supeditó al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona, deberíamos admitir que cayó en una contradicción cuando redactó los Arts. 70 y 63 del C.C. Respecto al Art. 70, en cuanto afirma que *hay persona desde la concepción y que antes de su nacimiento puede adquirir algunos derechos como si ya hubiese nacido*. Respecto al Art. 63 C.C en cuanto califica al ser concebido como persona por nacer. También sería el Art. 74 C.C contradictorio con la nota al Art. 63 del C.C que dice: *Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre, si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar*. En definitiva, el Art. 74 del C.C debe ser interpretado de acuerdo a la idea de que se considerará que la persona nunca existió, si naciere muerta, en cuanto a los derechos que habría adquirido si hubiese nacido con vida. Debemos formular aquí una distinción a fin de evitar equívocos:

- 1) Cuando en la legislación civil leemos, *si naciere muerto*, se considera que la persona nunca existió en relación con los derechos que en tal persona se habrían consolidado de haber nacido con vida. La misma idea se lee en el Art. 75<sup>13</sup>, que afirma que para el caso de duda acerca de si la persona nació o no con vida, se considerará que nació con vida.
- 2) Sin embargo, desde el punto de vista de la vida misma, la persona existió y murió como afirma la nota al Art. 63 del C.C que dice que *las personas por nacer no son una persona futura, pues ya existen en el vientre de la madre*.

Conforme con esta idea que venimos expresando, a saber la entidad de la persona por nacer, afirma Salvat: *La adquisición de derechos por la persona por nacer no es definitiva, está subordinada por el contrario, a la condición de que nazca vivo, esos derechos quedan definitivamente adquiridos, como expresa el Art. 70 del C.C. En caso contrario, no se le toma en cuenta para nada, como si nunca hubiese existido, como expresa el Art. 74 del C.C*<sup>14</sup>

Ahora bien, ¿ Cuáles son esos derechos adquiridos que no son definitivos y que quedan subordinados a la condición de que el niño nazca con vida? La respuesta podría expresarse como sigue: Son los derechos civiles tales como los que, por ejemplo, enuncia el Art. 64 del C.C, al referirse a la adquisición de derechos por donación o por herencia. En ese sentido debe ejercerse la representación de la persona por nacer (Curador al vientre) dado que tales derechos no pueden ser ejercidos por el *nasciturus*. Sin embargo, a diferencia de los derechos relacionados con el aspecto patrimonial, el derecho a la vida constituye un derecho que nace con la concepción y se transforma en un derecho adquirido que continúa, si la persona nace con vida, y acaba si muere.

Para reafirmar su conclusión errónea Donna se basa también en expresiones utilizadas por civilistas de renombre tales como Joaquín Llambías, mas comete el grave error de utilizar dichas expresiones fuera de contexto. Veamos lo que sostuvo Llambías: *La personalidad de la persona por nacer no es perfecta, sino imperfecta en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida*.<sup>15</sup> Que la personalidad de la persona por nacer no sea perfecta, sino imperfecta como afirma Llambías, no permite deducir que, por ser una personalidad imperfecta, se trate de una condición pre-humana y que por ello merezca, en la legislación, menos protección que la persona nacida. Tal como se explicó, cuando Llambías afirma que la persona por nacer tiene una personalidad jurídica imperfecta, se refiere al hecho que se trata de una personalidad jurídica imperfecta o personalidad condicional. Pero no se debe omitir que posteriormente Llambías prosigue : *Por el contrario el nacimiento con vida de la persona por nacer no ejerce ninguna influencia sobre su personalidad preexistente*.<sup>16</sup> Vale decir, Llambías puntualiza claramente que puede existir una personalidad imperfecta o condicional, mas ello no implica que mediante esa diferenciación, pueda postularse un trato desigual o menor protección respecto de la persona por nacer. Del mismo modo, cuando Llambías trata acerca de la cuestión de la Persona y del Hombre expresa: *De acuerdo a nuestro código todos los hombres son reconocidos en el carácter de personas (conf. Arts 31 y 51 C.C). Con ello el legislador ha logrado un adecuado ordenamiento jurídico conformado a los principios básicos instituidos por la constitución nacional que garantiza la igualdad de todos los habitantes ante la ley (art. 16 C.N)... [...]... pero esta igualdad de los hombres en*

---

<sup>13</sup> Artículo 75 C.C: *En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario*.

<sup>14</sup> Raymundo Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, pte Gral, Bs. as, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1928, p. 197.

<sup>15</sup> Llambías Jorge, Tratado de Derecho Civil, décimo octava edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, t. 1. p. 226.

<sup>16</sup> Llambías Jorge, op cit. p. 226.

cuanto personas, no exige un tratamiento igualitario de todos en cuanto a su capacidad. Supuesta la personalidad de todos los hombres que por esto el derecho se limita a reconocer, puede convenir y de hecho conviene para la mejor obtención del bien común, un tratamiento diferenciado de la capacidad de cada cual en función de las mil circunstancias en que el hombre puede encontrarse. Así, pues, es perfectamente compatible el reconocimiento de la personalidad de todos los hombres, con la múltiple diversidad de la capacidad de cada cual, siempre que de la restricción de que se trate no comporte un desconocimiento de cierto grado de aptitud que no podría negar la ley sin incurrir en arbitrariedad odiosa, y dejar por tanto de ser derecho.<sup>17</sup>

De acuerdo con ello, puede deducirse que resulta insustentable recurrir a Llambías para sostener que la misma ley civil otorga un tratamiento desigual a la persona por nacer, de tal forma que sea justificable el aborto o un tratamiento diferenciado de la persona por nacer en cuanto al derecho a la vida. Como se infiere de la doctrina de Llambías, una ley no podría desconocer cierto grado de aptitud para adquirir derechos, como sería el caso de aquellos de la persona por nacer, y negarle al mismo tiempo el derecho elementalísimo a la vida. Si este fuera el caso, se incurriría en arbitrariedad y la ley dejaría de ser tal. Paradójicamente, se trata de la misma idea de la doctrina de Tomás de Aquino, en lo que se refiere a la condición de las leyes injustas, a saber: *Tales leyes son más bien violencias, porque como dice San Agustín, la ley si no es justa, no parece que sea ley.*<sup>18</sup>

En otra parte de su obra Donna también afirma que: *A la vista del derecho positivo es innegable la diferencia de valoración jurídica entre la vida nacida y la no nacida*<sup>19</sup>. Ahora bien; cabe preguntarnos ¿Cuál es el bien jurídico protegido? El bien jurídico protegido es la vida humana, tanto en el caso del Aborto como en el del Homicidio. Luego, la diferencia de valoración jurídica que postula el Derecho Positivo entre la vida de la persona por nacer y la de la persona ya nacida, parece arbitraria e injusta. Es a tal efecto apropiada la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en una sentencia del 11/04/1985 cuando afirma: *...si la Constitución protege la vida, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma.*

## 6. Conclusión

Nos parece apropiado ofrecer nuestras conclusiones desde dos puntos de vista. El primero de ellos es a la luz del Derecho Positivo y el segundo corresponde al punto de vista del Derecho Natural.

La ejecución del aborto no puede ser justificada sin controversias notorias a la luz del Derecho Positivo vigente en nuestro país. Como se puede observar, la legislación protectora del derecho a la vida es más que suficiente. Por otra parte, tampoco es posible examinar la factibilidad de la aplicación del inc. 2 del art.86 de nuestro Código Penal, sin examinar antes el capital asunto del comienzo de la vida. Conviene reiterarlo, si como la ciencia establece, el embrión o feto son ya una persona en pleno desarrollo y capaz de adquirir derechos, la figura del homicidio podría constituirse en la contrapartida del aborto.

Una interpretación armónica de la legislación nos conduce, inevitablemente, a la conclusión de que por aplicación de la jerarquía normativa del art. 31 de la C. N, el art. 86 inc. 2 del Código Penal es inconstitucional. Esto es, no se puede plantear jurídicamente una oposición entre dicho artículo del código penal y los tratados internacionales. Según la dinámica de la estructura jurídica piramidal, los códigos de fondo, tales como el penal y el civil, se encuentran subordinados a la constitución que establece en su art. 31: *Esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación.*

Mas aún, argumentando dentro de los límites del Derecho Positivo, encontramos que el Art. 75 inc 23 establece: *Corresponde al Congreso: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y*

<sup>17</sup> Llambías Jorge, op cit. p. 223

<sup>18</sup> Tomás de Aquino, Suma Teológica 1-2 q. 96 a.4.

<sup>19</sup> Donna, Edgardo, op. cit. p. 169.

*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, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad..."*

La misma ley expresa que las medidas de acción positiva para el cumplimiento de los tratados de derechos humanos se deberán realizar especialmente para proteger los derechos del niño entre otros. La ley ha sabido diferenciar que dentro de los seres que merecen especial protección están aquellos que se encuentran en un estado natural de indefensión. La letra de la ley positiva es clara. Por lo que desde este primer punto de vista es injustificable la realización del aborto en cualquier circunstancia.

Desde un segundo punto de vista: Al margen de lo que establece el Derecho Positivo, el derecho a la vida es un derecho natural. Por tanto, el derecho a la vida no puede subordinarse al consenso de lo que decida una mayoría. Si bien es necesaria la legalidad, ésta debe estar subordinada a los principios establecidos por un derecho natural que se encuentra por encima del derecho positivo y que le establece límites. El voto de una mayoría legislativa o de un tribunal de justicia no transforma a una ley o sentencia en justa por el sólo hecho de ser emanada por sus órganos respectivos. Muy a propósito de esta cuestión decía Cicerón en Las Leyes: *... que si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación de testamentos, siempre que tuvieran a su favor los votos o los plácemes de una masa popular. Y si el poder de la opinión y voluntad de los necios es tal que pueden estos, con sus votos, pervertir la naturaleza de las cosas ¿ por qué no sancionan que se tenga por bueno y saludable lo que es malo y pernicioso?. Y ¿ por qué, si la ley puede convertir en algo justo la injusticia, no puede convertir en algo bueno lo malo? Y es que para distinguir la ley buena de la mala no tenemos mas norma que la de la naturaleza. No sólo lo justo y lo injusto, sino todo lo que es honesto y torpe se discierne por la naturaleza. La naturaleza nos dio así un sentido común, que esbozo en nuestro espíritu, para que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que eso depende de la opinión de cada uno y no de la naturaleza, es cosa de loco.*<sup>20</sup>

Refiriéndose a la misma cuestión Bidart Campos se pregunta: ¿basta que la ley mande o prohíba algo para que sin más lo mandado o lo impedido sea constitucional? *Y responde que de ninguna manera basta. Es menester dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad. Para ello acudimos al valor justicia que constitucionalmente se traduce en la regla o el principio de razonabilidad.*<sup>21</sup>

*El derecho judicial se ha encargado de incorporar a nuestro derecho constitucional material este contenido que cubre la insuficiencia del principio formal de legalidad. La jurisprudencia nos muestra el ejercicio de control de razonabilidad de leyes y actos estatales, y los descalifica como arbitrarios cuando hieren las pautas de justicia ínsitas en la constitución. Los jueces verifican el contenido de la ley más allá de su forma, permitiéndose aseverar que el principio formal de legalidad cede al principio sustancial de razonabilidad, y que si la ley no es razonable ( o sea, es arbitraria ), resulta inconstitucional.*<sup>22</sup>

Para finalizar quiero simplemente recurrir a lo que ha sostenido la jurisprudencia respecto al derecho a la vida, la cual buscó la protección de la vida más allá de consideraciones científicas o jurídicas. En la causa T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Bs. as, s/ amparo, el Procurador General de la Nación en su dictamen sostuvo : *Me pronuncio por la defensa de la vida de quien presenta signos de humanidad, aunque fueren mínimos , porque no puedo dejar de contemplar que ante nosotros se encuentra un ser que, además de cumplir funciones vitales básicas, podría en alguna medida sentir , aunque fuere, dolor que lo ubica a nuestro lado, junto a nosotros como congénere".* (consid.5 ) Los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes de que comenzará su recambio en el 2003 sostenían: *Esta corte tiene establecido que debe privar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional.* (art. 75 inc. 22 C.N) (320: 1291; 322: 328).

<sup>20</sup> Cicerón, Marco Tulio, Las Leyes, Edición Clásicos Políticos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970. L. 1 p. 91, III, IV; 93, I.

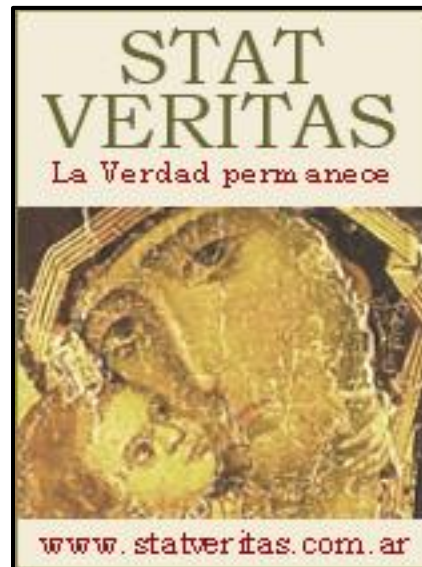
<sup>21</sup> Bidart Campos, Germán;, Manual de la Constitución reformada, tomo I , Ed. Ediar, Buenos aires, 1998. p. 515.

<sup>22</sup> Bidart Campos, Germán; op. cit. p. 516.

Quisiera citar, por último, una frase que, desde mi punto de vista, parece más que atinada para el caso que nos ocupa. Norberto Bobbio alguna vez expresó:... *respecto de los derechos del hombre el problema grave de nuestro tiempo era no el de fundamentarlos sino el de protegerlos...No se trata de saber cuáles y cuántos son esos derechos, sino cual es el método más seguro para garantizarlos, para impedir que pese a las declaraciones solemnes resulten continuamente violados.*<sup>23</sup> Tal vez deba reflexionarse que, no sólo la ley positiva representa una concreta determinación de la ley natural, sino que también la necesaria esfera de politicidad que envuelve y sostiene al derecho positivo debe erigirse a partir del orden de la naturaleza antes que de la ideología dominante.

*Lic. Sebastián Pierpauli*

[rsp\\_ius2004@yahoo.com](mailto:rsp_ius2004@yahoo.com)



---

<sup>23</sup> Bobbio, Norberto; Presente y futuro de los derechos del hombre, en El problema de la guerra y las vías de la paz, Ed. Gedisa, Buenos Aires, Cap III, ps. 129 y 130.