

El niño por nacer está protegido por la Constitución



Pedro Javier María Andereggen

PARA LA NACION



9 de enero de 2020

El anuncio del presidente Fernández del envío de un proyecto de ley tendiente a la legalización del aborto, señalando que su finalidad es la de "garantizar la posibilidad de abortar a la que necesita y de tenerlo a quien quiera tenerlo", y sus anteriores afirmaciones de que "el aborto nunca debió haber sido un delito" hacen necesario su análisis a la luz de los principios constitucionales.

¿Te gustó **esta nota?**



[Ver comentarios 132](#)

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño define: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad". A su vez, el artículo 6 reconoce que "todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida", sin contemplar exclusiones ni circunstancias en las que ceda este derecho. La posición abortista alega que no dice que se es niño desde la concepción, y que nuestro país al aprobarla por la ley 23.849 de 1990 no mandó efectuar una reserva, como sí lo hizo respecto de la adopción internacional. Solo dio - prosigue- un criterio interpretativo al establecer que rigiera desde aquella. En verdad lo que la ley dispuso es que, a la ratificación, se formularan conjuntamente "reserva y declaraciones". Estas últimas son también un instituto del derecho internacional de los tratados. La que interesa dice: "Con relación al art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

Ello fue correcto, pues la convención no dispone que sea niño desde el nacimiento, se aplique solo a partir de este u otras fórmulas que la vedaran para el no nacido. Es acorde, además, con los propios considerandos, que tienen presente que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Luego, una reserva era improcedente, pues no quería impedirse la aplicación de una cláusula, sino todo lo contrario. Preciosismos rituales tan inconsistentes solo evidencian debilidad argumental frente a una valla constitucional que se presenta infranqueable.

En efecto, la reforma de 1994 de la Constitución Nacional ratificó este alcance al incorporarla en el artículo 75 inciso 22, con la siguiente regla: "En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional". Estas condiciones, de acuerdo con el derecho internacional, son las aprobadas por la ley 23.849.

El siguiente inciso, el 23, confirma su aplicación a los nonatos al disponer que se debe "dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

¿Cómo es posible que aquella postura sostenga la irrelevancia de esta norma cuando es la propia Constitución Nacional la que califica expresamente de "niño" al que todavía no ha nacido?

Dos veces utiliza el término "embarazo", uno refiriéndolo al "niño" y otro a la "madre", lo que evidencia que ambos son los sujetos de la protección: el primero "desde" el embarazo, la segunda "durante". Que desde la concepción ya se cursa el embarazo es innegable tanto desde las ciencias médico-biológicas como por más de cien años de tradición jurídica ininterrumpida, que tornan indudable que la Constitución lo empleó de este modo. Hacer un distinguo que ella no efectúa, a partir de tal o cual semana, sería una indebida exclusión.

Que esta calificación sea hecha con ocasión de una referencia al dictado de un programa de seguridad social no la altera ni la impide: es absurdo por contradictorio ser "niño" a un efecto y no a otros. También alegar un uso inadvertido de ese término al incluir al no nacido. Por el contrario, es inequívoco su preciso sentido técnico concordante con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el inciso anterior.

Por ello, con independencia de cómo la interpreten organismos o tribunales internacionales, si para la Constitución Nacional el ser humano por nacer es un "niño", por imperativo de ella se le debe aplicar la convención respectiva, y legalizar una privación de su derecho intrínseco a la vida es siempre ilícito e inconstitucional.

No es posible derogar el delito de aborto cometido por la madre sin que, en lo sustancial, se produzca una supresión equivalente. Su tipificación es necesaria, no por la búsqueda de una estigmatización de la mujer, sino por la finalidad preventiva de la ley penal, dado que la amenaza de una pena se presenta, en el caso particular del aborto voluntario, como el único medio de protección del "niño", verdadero tercero que no puede ser perjudicado por las acciones de aquella conforme al artículo 19 de la Constitución Nacional. El derecho civil es, en estos casos, insuficiente como medio protectorio ya que no tendría aplicación ni siquiera por vía de daños y perjuicios y el derecho a la vida se convertiría así en una mera declamación normativa carente de contenido real.

Es evidente que existen límites constitucionales a la no punibilidad. Los delitos y las consiguientes penas no son accesorios discrecionales de la protección de los derechos: en determinados supuestos es absolutamente obligatoria la punición. Baste imaginar si no fuera delito el abuso sexual o se lo reprimiera de modo insuficiente, por ejemplo, con una simple multa. Se incurriría en grave responsabilidad interna e internacional por la falta de la protección que otorga la prevención general y especial del derecho penal. Por ello, cuando la Constitución Nacional manda dictar el Código Penal, el Congreso no puede hacerlo apartándose del propósito de "afianzar la justicia" ordenado en el Preámbulo.

En consecuencia, la despenalización del aborto está viciada de inconstitucionalidad, pues implica la renuncia consciente del Estado a la protección real y efectiva de la vida del ser humano inocente, que es su primer y esencial deber.

Posibilitar que por esa desprotección alguien tenga poder de disposición sobre otro, en cualquier etapa de su existencia, es contrario al derecho al trato digno que emana de la igualdad ante la ley, a la prohibición de actos crueles e inhumanos, a las garantías implícitas, artículos 16, 18 y 33 de la Constitución Nacional, y a la doctrina de su artículo 29. Este - calificado de terrible- dice así: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

Nótese que se fulmina no solo la concesión de facultades a los "gobiernos" por las que, entre otras, "la vida" quede a su "merced": también se lo hace explícitamente con una delegación de aquellas a "persona alguna". En estas condiciones constitucionales es indudable la invalidez de una ley, sentencia judicial o protocolo administrativo, que defieran a la mujer gestante, sea de derecho mediante la legalización o de hecho a través de la despenalización, la facultad de decidir si el ser humano por nacer - "niño" para la Constitución Nacional- vivirá o no.

Presidente de la Corporación de Abogados Católicos

Por: [Pedro Javier María Andereggen](#)