

Panorama sobre la Situación Jurídica de la Persona por Nacer

XIV Jornada de Bioética
Comisión de Bioética P. J. Kentenich

Junio de 2012

Ezequiel A. Vázquez

Situación jurídica de la persona por nacer

- *Persona*
- *Persona por nacer*
- *Situación jurídica*

Persona

- Etimología:

Máscara utilizada por los actores en el teatro griego y romano



Rol o papel del actor

Rol o lugar de alguien en la vida



Persona

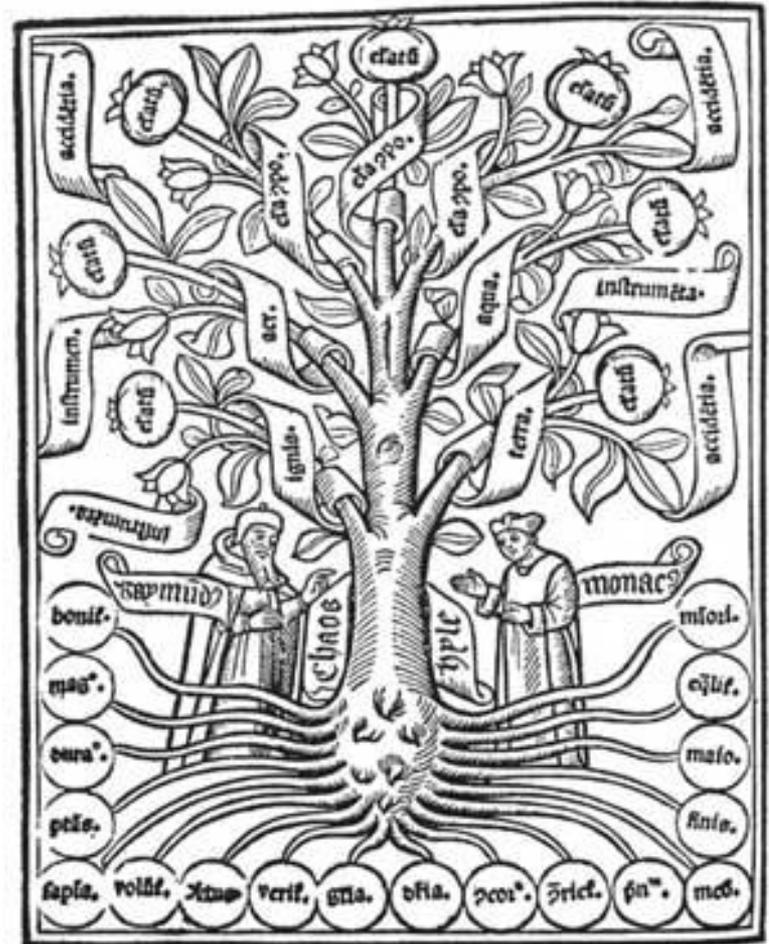
- Definición real

Término análogo

Bioética: saber interdisciplinario sobre *cuál es la conducta correcta*)

Primacía formal de la Ética (filosofía práctica)

Ser racional que existe en sí y por sí, sustancia individual de naturaleza racional, todo individuo de la especie humana.



Persona

- Definición para el Derecho
- Iusnaturalismo
Persona es el ser humano
- Iuspositivismo
Persona es categoría legal construida



persona *Por Nacer*

- Teoría Genética o preformacionista (iusnaturalismo)

El embrión, desde el momento de la concepción es persona

- Teorías de la disociación (iuspositivismo)

El ser humano, según la medida de su desarrollo o sus cualidades, es persona

Situación jurídica

- Referido a un ente: lugar que ocupa en un ordenamiento legal determinado

Podrá ser:

- » Sujeto
- » Cosa

- Referido a un sujeto: derechos y deberes en la comunidad, particularmente en relación al Estado y la Familia

Situación jurídica

- Su configuración depende de diversos factores que interactúan.

Destacamos:

- La moral
- La ley
- La jurisprudencia

Situación jurídica de la persona por nacer

Antecedentes jurídicos remotos (*Tradición*)



Antecedentes jurídicos remotos

MESOPOTAMIA



Art. 209 CH: “Si un hombre golpea a una hija de hombre y le provoca la pérdida de(l fruto de) sus entrañas, pagará diez siclos de plata por (el fruto de) sus entrañas.”

Art. 211 CH: “Si es la hija de un (individuo) cualquiera a quien le provoca a golpes la pérdida de(l fruto de) sus entrañas, pagará cinco siclos de plata.”

Art. 213 CH: “Si golpea a la esclava de un hombre y le provoca la pérdida de(l fruto de) sus entrañas, pagará dos siclos de plata.”

Antecedentes jurídicos remotos

MESOPOTAMIA



LAM A53:

- *Si una mujer pierde el fruto de sus entrañas por iniciativa propia, se lo prueban y constatan su culpabilidad, que la empalen y no la entierren. Si muere al perder el fruto de sus entrañas, que la empalen y no la entierren.*
- *Si a esa mujer, cuando estaba perdiendo el fruto de sus entrañas, la esconden (...) declararán (...) ...*

LAM A52:

- *Si un hombre golpea a una prostituta y le hace perder el fruto de sus entrañas, que le asesten golpe por golpe: tendrá que pagar el valor de una vida.*

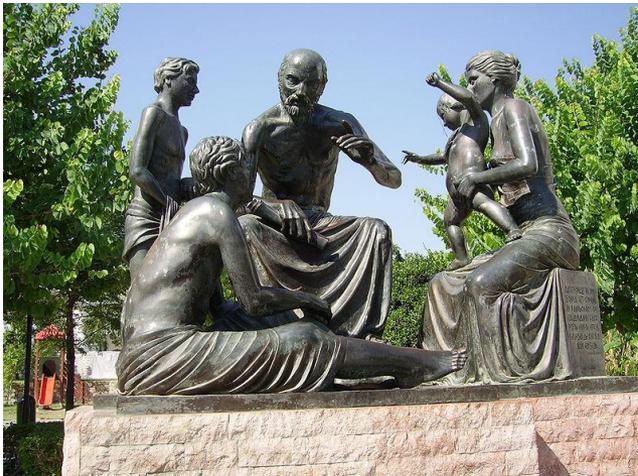
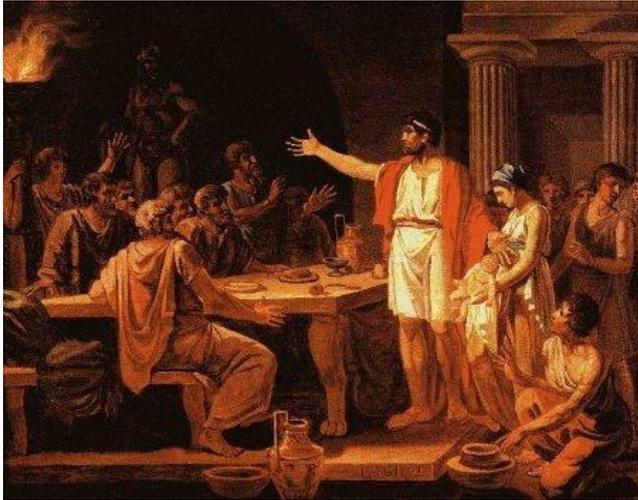
Antecedentes jurídicos remotos ISRAEL



- Y dijo Dios: "Hagamos al ser humano a nuestra imagen, como semejanza nuestra..." (Génesis 1, 26).
- Vio Raquel que no daba hijos a Jacob, y celosa de su hermana dijo a Jacob: "Dame hijos, o si no me muero." (Génesis 30, 1).
- Entonces se acordó Dios de Raquel. Dios la oyó y abrió su seno, y ella concibió y dio a luz un hijo. Y dijo: "Ha quitado Dios mi afrenta." (Génesis 30, 22-23).
- Ahora, pues, escucha, Jacob, siervo mío, Israel, a quien yo elegí. Así dice Yahveh que te creo, te plasmó ya en el seno y te da ayuda: "No temas, siervo mío, Jacob, Yesurún a quien yo elegí. (Isaías 44, 1-2).
- Así dice Yahveh, tu redentor, el que te formó desde el seno. (Isaías 44, 24).
- ¡Oídmme, islas, atended pueblos lejanos! Yahveh desde el seno materno me llamó; desde las entrañas de mi madre recordó mi nombre. (Isaías 49, 1).
- "Antes de haberte formado yo en el seno materno, te conocía, y antes que nacieses te tenía consagrado." (Jeremías 1, 5)

Antecedentes jurídicos remotos

Grecia



- Licurgo.
...entró a reinar hasta que se supo que la mujer del hermano estaba encinta. Cuando esto se divulgó, anunció que el reino pertenecía al niño, si fuese varón, y declaró que él reinaba como tutor. (...) “Sucedió que la cuñada le envió ocultamente mensajes, e hizo proponerle que quería deshacerse del preñado con tal que se casara con ella cuanto reinase en Esparta. Horrorizóse de la índole, pero no contradijo el intento; antes fingiendo que lo aprobaba y tenía a bien, le dijo que no era menester que ella se estropeará el cuerpo, o se pusiese en peligro apretándose o tomando hierbas, sino que a su cuenta quedaría deshacerse de él después de nacido. (...) Estando, pues, él comiendo con los magistrados, dio aquella a luz un varón, y vinieron los servidores trayéndole el niño; tomóle en los brazos, y se cuenta que dijo a los circunstantes: ‘Os ha nacido un rey, ¡oh espartiatas!’; y que después le colocó en el trono real, dándole el nombre de Carilao, porque todos se mostraban muy alegres, ensalzando su grandeza de ánimo y su justicia

Hipocrates

“Juro por Apolo médico, por Aclepio, Higiea y Panacea, así como por todos los dioses y diosas, poniéndolos por testigos, dar cumplimiento en la medida de mis fuerzas y de acuerdo con mi criterio a este juramento y compromiso: (...) No daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo. (...) En consecuencia séame dado, si a este juramento fuere fiel y no quebrantare, el gozar de mi vida y de mi arte, siempre celebrado entre todos los hombres. Mas si lo transgredo y cometo perjurio, sea de esto lo contrario.”

Antecedentes jurídicos remotos

Roma



- Ovidio
¡Ah, el niño demasiado vital, se resistió a los recursos empleados y estuvo protegido contra el enemigo encubierto!” (Heroidas, XI, 43-44).

“¡Sin embargo, si es lícito aconsejar en medio de tan gran temor, que te sea suficiente el haber luchado esta batalla!” (Amores II, 13. 27-28)

“La primera que resolvió destruir sus tiernos fetos, había sido digna de perecer en su propia guerra” (Amores II. 14. 5-6)

“Y todos los que la ven [muerta], al instante gritan ‘mercedamente’.” (Amores II, 14. 42)



- Paulo
“Quién está en el útero ha de ser protegido tal como si estuviera entre los entes humanos, siempre que sea buscada la conveniencia del feto mismo; aunque de ningún modo puede beneficiar a otro antes que nazca” (Paulo, Digesto, 1, 5, 7)
“Si alguien dejó encinta a su esposa, no se considerará que murió sin hijos” (Celso, Digesto, 50, 17, 187).

Situación jurídica de la persona por nacer

Constitución Nacional

- Art. 75 inc. 23 párrafo 2°
(atribuciones del Congreso):

“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo.”



Situación jurídica de la persona por nacer

Tratados Internacionales

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

- *“los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento la persona humana.”*
(Considerandos)
- *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”* (Art. 1)



* IX Conferencia Internacional Americana, Colombia, 1948

Situación jurídica de la persona por nacer

Tratados Internacionales (Cont.)

Declaración Universal de Derechos Humanos*

- *“reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.* (Preámbulo)
- *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”* (Art. 3)
- *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”* (Art. 6)



* Asamblea General de las Naciones Unidas, 10/12/48,

Situación jurídica de la persona por nacer

Tratados Internacionales (Cont.)

Convención Americana sobre Derechos Humanos*

- la personalidad jurídica corresponde a toda persona (Art. 3);
- el derecho a la vida “*estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción.*” (Art. 4.1).



*San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969

Situación jurídica de la persona por nacer

Tratados Internacionales (Cont.)

Convención Sobre los Derechos del Niño*

- *“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.”* (Art. 1)

Ley n° 23.849: “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.”

- *“Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.”* (Art. 6.1)
- *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”* (Art. 19)

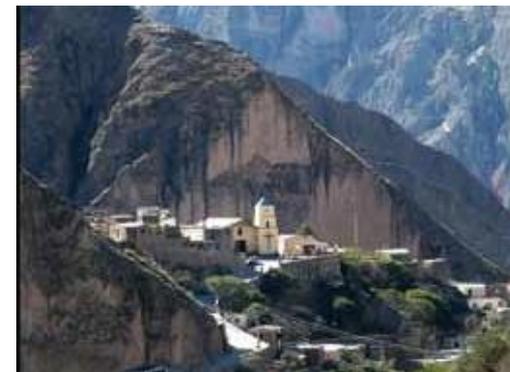


* Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York 2/11/99

Situación jurídica de la persona por nacer

Constituciones Provinciales

- **Provincia de Buenos Aires (1994), Art. 12:** *“Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 1. A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.”*
- **Provincia de Tucumán, Art. 35:** *“Dentro de la esfera de sus atribuciones, la Provincia procurará especialmente que las personas gocen de los siguientes derechos: 1º A una existencia digna desde la concepción con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad en las oportunidades.”*
- **Provincia de Salta (1998) Art. 10:** *“Respeto y Protección de la Vida. La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos.”*



Situación jurídica de la persona por nacer

Constituciones Provinciales (cont.)

- **Provincia de Córdoba**, (1987) Art. 4
“La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos.” Art. 19, todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos: *“1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal.”*
- **Provincia de Chubut**,(1994) Art. 18:
“En especial, gozan de los siguientes derechos: 1. A la vida desde su concepción y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los poderes públicos y la comunidad.”
- **Provincia de Catamarca** (1988), el Art. 64 ap. III, inc. 1º garantiza el derecho *“a la vida, desde su concepción.”*



Situación jurídica de la persona por nacer

Constituciones Provinciales (cont.)

- **Provincia del Chaco**,(1994) Art. 15 inc. 1º, garantiza a todas las personas el derecho *“a la vida y a la libertad, desde la concepción; a la integridad psicofísica y moral.”*
- **Provincia de Formosa**, (1991) Art. 5, segunda parte: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción y a su integridad física y moral. El Estado provincial propenderá a la concientización de las responsabilidades inherentes a la generación de la vida.”*
- **Provincia de Jujuy**,(1986) Art. 18, bajo el título “Derecho al reconocimiento de la personalidad”, inc. 1º: *“La Provincia reconoce a la persona humana su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla”,* Art. 19, inc. 1º: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida y esta protegida por la Constitución y la ley.”*



Situación jurídica de la persona por nacer

Constituciones Provinciales (cont.)

- **Provincia de La Rioja** (1998), preámbulo: *“Creemos en la primacía de la persona humana y que todos los hombres son iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal anteriores a esta Constitución y superiores al Estado”*. refiriéndose al preámbulo, su Art. 5: *“no es una mera enunciación de principios, son fuente interpretativa y de orientación para establecer el alcance, significado y finalidad de las cláusulas de la presente Constitución”*. El Art. 19 garantiza el derecho a la vida de todo habitante de la provincia.
- **Provincia de San Luis**, (1987), Art. 13 *“La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos.”* Art. 49: *“El Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde éste hasta su pleno desarrollo.”*



Situación jurídica de la persona por nacer

Constituciones Provinciales (Cont.)

- **Provincia de Santiago del Estero**, (1997), Art. 16: *“Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida en general desde el momento de la concepción.”*
- **Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur**, (1991) art. 14: *“Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida desde la concepción.”*



Situación jurídica de la persona por nacer

Código Civil Argentino (1871)

- Art. 51 establece que “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.”
- Art. 54 que “Tienen incapacidad absoluta: 1) las personas por nacer.” El Art. 56 dispone que los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones
- Art. 63 que “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.”
- Art. 70 reconoce que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.
- Art. 264, (conf. ley 23.264), determina que la patria potestad existe y se ejerce desde la concepción del hijo.



Situación jurídica de la persona por nacer

Código Penal Argentino

- castiga el delito de aborto con pena de reclusión o prisión, para la mujer que causare su propio aborto o consintiera que otro lo causase, y para quien lo causase.

Agravándose la pena con la de inhabilitación especial cuando el agente fuese médico, partera o farmacéutico (Conf. Arts. 85, 86 y 88).

- Pena el aborto culposo (Art. 87)
- Declara “no punible” (Art. 86 segunda parte) el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer,
“1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.”
“2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.”



Situación jurídica de la persona por nacer

La Jurisprudencia



Corte Suprema de Justicia de la Nación
“F., A. L. s/Medida autosatisfactiva”, (2012)

Situación jurídica de la persona por nacer

Jurisprudencia (C.S.J.N. “F.,A.L.”)

- **El Caso**

- > 03/12/2009 la madre de una niña de 15 años denunció que su esposo –padraastro de la niña- la violó.
- > 14/01/2010 solicitó a la justicia de Chubut se disponga la interrupción del embarazo consecuente.
- > 08/03/2010 el Superior Tribunal Provincial revocó la sentencia de primera y segunda instancia (adversas) e hizo lugar a la solicitud
- > 11/03/2010 en el Centro Materno Infantil de Trelew se lleva a cabo el aborto
- > El Asesor General Subrogante de la Provincia interpuso recurso extraordinario para que entienda la CSJN

- **Encuadre jurídico:**

- a) la actora pretende que se le de una interpretación amplia al Art. 86 segunda parte del Código Penal, de modo que alcance a todo “aborto sentimental
- b) El Asesor General pretende que se debe interpretar en modo restrictivo (sólo en caso que la víctima de la violación fuese “idiota o demente”)

Situación jurídica de la persona por nacer

Jurisprudencia (C.S.J.N. "F.,A.L.") -cont.-

- Sentencia C.S.J.N. 13/03/2012

El supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2, del Código Penal comprende al que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, ello en virtud de la interpretación amplia del precepto legal.

Situación jurídica de la persona por nacer

Jurisprudencia (C.S.J.N. “F.,A.L.”) -cont.-

Fundamento:

estudiadas las normas constitucionales y tratados de igual jerarquía, entiende que

- *“de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente **no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación”.***

(Considerando 14, voto de la mayoría)

y que existen

- *“**otras cláusulas de igual jerarquía** así como principios básicos de hermenéutica (...) que **obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio**” (v. cons. 14).*

tales como

*“el derecho a la vida”, a la “salud”, “dignidad”, “igualdad”, “legalidad”, el “principio **pro homine**”, etc.),*

en función de lo cual corresponde

- *“**privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal**” (v. considerando 17)*

Situación jurídica de la persona por nacer

Jurisprudencia (C.S.J.N. “F.,A.L.”) -cont.-

Desnaturalización de la sentencia: El Tribunal *“considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento”* (v. cons. 18)

- *“Este Tribunal se ve en necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida.”* (v. Cons. 22).
- *“La insistencia con conductas como la señalada [solicitud de consultas y la obtención de dictámenes] no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”* (v. Cons. 24 último párrafo)
- *“El artículo 86 (...) no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación”* (Cons. 27).

Situación jurídica de la persona por nacer

Jurisprudencia (C.S.J.N. “F.,A.L.”) -cont.-

Desnaturalización de la sentencia:

- *“Corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles”* (v. Cons. 29)
- *“Se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen **campañas de información pública**, con especial foco en los sectores vulnerables, que **hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación**. Asimismo **deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole** para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa [aborto no punible]”*. (v. Cons. 31).

Situación jurídica de la persona por nacer

- a) los tribunales no son órganos legislativos, y salvo el supuesto de doctrina legal –que no es este caso- sólo tiene efectos para el caso concreto y obliga únicamente a quienes fueron parte en ese proceso.



Situación jurídica de la persona por nacer

- b) La interpretación formulada por la CSJN en la actualidad respecto al Art. 86 segunda parte, como extensivo a todo caso de violación (aborto sentimental), coincide con la que en dos únicas oportunidades tuvo *vigencia legal* en el país:

“Revolución Argentina”
Nacional”

(1968)



“Proceso de Reorganización

(1976)



Muchas gracias.