

Protección constitucional del derecho a la vida. La Libertad e igualdad de oportunidades. Consecuencias

POR ALBERTO M. GARCÍA LEMA «

Sumario: I. Advertencias preliminares.— II. El debate en la Convención Constituyente y fundamentos de la segunda parte del inciso 23 del artículo 75 de la Constitución.— III. La despenalización del aborto y el derecho a la libertad individual.— IV. La "igualdad de oportunidades" y los derechos del niño.— V. Procedimiento y mayorías exigidas para la modificación de un tratado de jerarquía constitucional.

I. Advertencias preliminares

Este trabajo está basado en mi participación al realizar y actuar como miembro informante (1) de una propuesta constitucional, que —al ser votada por el plenario de la Convención Constituyente de 1994 de modo favorable— se convirtió en la segunda parte del inc. 23 del art. 75 de la CN. Tal participación la recordé recientemente con motivo del debate sobre la despenalización del aborto en un artículo publicado en el diario *La Nación* bajo el título "El enfoque constitucional está centrado en la defensa de la vida" (con el subtítulo "El debate sobre el aborto: la despenalización afecta la igualdad de oportunidades y los derechos del niño por nacer") (2).

Aun cuando parece conveniente reiterar aquí algunas apreciaciones ya vertidas en la Convención Constituyente, y en ese artículo, explicativas del amplio alcance de la protección otorgada al derecho a la vida por la reforma de 1994, resulta oportuno complementarlas con un mayor examen de tres aspectos de la exégesis del sistema de derechos humanos incorporados por esa reforma, implicados en el actual debate sobre la despenalización del aborto, a saber: a) la interpretación del art. 19 de la Constitución acerca de la libertad; b) las consecuencias de la vinculación entre el derecho a la vida con la "igualdad de oportunidades" en el inc. 23; y, además, con lo prescripto en otros incisos de dicho art. 75; c) el alcance otorgado a los tratados internacionales con rango constitucional respecto a los artículos comprendidos en la Primera Parte de la Constitución y procedimientos fijados para su denuncia (o modificación), según texto del inc. 22 del art. 75.

II. El debate en la Convención Constituyente y fundamentos de la segunda parte del inciso 23 del artículo 75 de la Constitución

Para enmarcar cómo acaeció el tratamiento constitucional de la cuestión penal relativa al aborto, cabe nuevamente señalar que una semana antes de concluir la Convención Constituyente de 1994, cuando ya habían sido votadas las principales reformas y se trabajaba en la redacción de las facultades del Congreso para efectivizar los nuevos derechos aprobados, se abrió un debate imprevisto sobre el derecho a la vida y el aborto.

Era una materia imprevista porque no había formado parte de los acuerdos preconstituyentes ni de los temas habilitados para su libre tratamiento por la Convención (nadie lo había planteado en dicha etapa); y, por tanto, no se la incluyó en las plataformas electorales partidarias ni la ciudadanía tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ella. Cabe acotar que la despenalización del aborto tampoco se la debatió, pese a su importancia, en la última campaña presidencial ni fue planteada al electorado. Dadas aquellas circunstancias, la Convención excluyó pronunciarse sobre tal despenalización y, en rigor, no correspondía que lo hiciera, por la distinta jerarquía de las normas constitucionales respecto de las propias de la legislación ordinaria. Pero, de los textos reformados y de los tratados incorporados a la Constitución, resultan principios y preceptos de jerarquía superior a las normas penales.

En aquel momento, propuse y me tocó defender, como miembro informante ante el plenario de la Convención, una norma específica protectora del derecho a la vida del niño y de la madre embarazada. Dice que corresponde al Congreso: "Dictar un régimen de la 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." Esa norma fue aprobada como segunda parte del inc. 23 del art. 75 y dispone —como señala su texto— un régimen de seguridad social todavía más especial e integral que el ya obrante en la primera parte de ese inciso, que previó la necesidad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la "igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos".

Al fundar ante la Convención la segunda parte del actual inc. 23 del art. 75 de la Constitución sostuve los siguientes argumentos: (i) el art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (denominada "Pacto de San José de Costa Rica") establece el derecho a la vida, lo protege en general desde la concepción, y dispone que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; (ii) el art. 1° de la Convención sobre Derechos del Niño lo define, según la Reserva Argentina que determina las "condiciones de su vigencia", conforme lo señalara el convencional Rodolfo Barra al informar sobre la incorporación de la nueva norma —y ese concepto condiciona la "jerarquía constitucional" de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución— bajo la siguiente definición: "Todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad! A su vez, el art. 4° de la citada Convención obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos allí reconocidos "hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" y su art. 6° expresa que los Estados partes "reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida" y que "garantizarán en la mayor medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" Mientras que su art. 28 reconoce el derecho del niño a la educación y, para ello, los Estados partes deberán en particular implantar la enseñanza primaria,

obligatoria y gratuita para todos; (iii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la ley 23.313 —al que remite el art. 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño— indica en 2.a) que deben adoptarse las medidas necesarias para la reducción de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños, entre otros conceptos para alcanzar el mismo propósito; (iv) sintetizando —sostuvo— "de los derechos y principios contenidos en los pactos que hoy tienen jerarquía constitucional... en primer término resulta, con absoluta claridad, la vinculación entre el derecho a la vida y la protección que debe recibir el niño"; (v) las medidas de protección del niño pesan como obligación para su familia, la sociedad y el Estado; (vi) la Argentina ha contraído compromisos con otros Estados para adoptar medidas protectoras hasta el máximo de los recursos que disponga y si es necesario podrán recibirse aportes en el marco de la cooperación internacional; (vii) la norma constitucional pretende proteger situaciones de desamparo no atendidas por la legislación entonces vigente, o de modo insuficiente (situación que subsiste al presente), tal como se analizara con relación al ámbito de aplicación del art. 14 bis de la Constitución, pese a que establece la protección integral de la familia y los beneficios de la seguridad social, ya que si bien se crearon las asignaciones familiares por maternidad o posparto, ellas se aplicaban en especial para el trabajador dependiente, no existiendo una cobertura integral; (viii) la incorporación de la segunda parte del inc. 23 se apoyaba también en numerosos proyectos presentados a la Convención Constituyente.

III. La despenalización del aborto y el derecho a la libertad individual

Cabe tener presente que, al momento de agregar tal inc. 23 al art. 75, la Convención había aprobado presuntamente la incorporación del conjunto de Declaraciones y Pactos internacionales, otorgándoles en el previo inc. 22 rango constitucional "en las condiciones de su vigencia" y aclarando que ellos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"

Esta última previsión no sólo resulta acorde con lo indicado en los pactos preconstituyentes y en la ley declarativa de la reforma constitucional, sino que mantiene en todo su vigor lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución, según el cual: "Las acciones privadas de los hombres [y sin dudas también de las mujeres] que de ningún modo ofendan al orden y a la moral públicas, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" Fuera de la última parte de ese artículo que sienta el "principio de legalidad", lo importante reside, para la cuestión aquí bajo examen, que las acciones privadas —la personal decisión de abortar— están sujetas a un doble límite: (i) "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública", señalando que en tal caso "están sólo reservadas a Dios", o (ii) que no "perjudiquen a un tercero"

La importancia del art. 19 debe correlacionarse con las menciones a la libertad y a la protección de Dios en el Preámbulo de la Constitución, según el cual son principales finalidades de la Nación "...promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia..."

De allí, pese a que los conceptos de "orden y a la moral públicos" resultan existencialmente cambiantes de acuerdo con las épocas, y son de modo habitual definidos por la acción de los poderes del Estado, no cabría afirmar que nuestra Ley Fundamental —que se mantiene vigente en lo esencial, aún después de la reforma de 1994— sea una Constitución históricamente laica. En efecto, la libertad de cultos, mentada en los arts. 14 y 20 de la Constitución, no implica adoptar una concepción constitucional atea, no sólo porque el citado art. 14 refiere la garantía "de profesar libremente su culto" y el art. 20 aclara que los extranjeros tienen la potestad, entre otras, "de ejercer libremente su culto" sino por el peso de la expresión del Preámbulo cuando se invoca a Dios como "fuente de toda razón y justicia" es decir, ser fuente del derecho.

No obstante, dejando de lado esa posible restricción pública a la libertad individual —de hombres o mujeres, y de estas últimas cuando afirman su absoluta disposición sobre su propio cuerpo— el ejercicio de la libertad reconoce otro límite, que no "perjudiquen a un tercero"; concepto que ofrece la máxima importancia si se refiere al niño, entendido como persona humana y no como prolongación del cuerpo de su madre, que resulta un ser particularmente indefenso y desprotegido. La libertad personal, que se ejerce en los términos constitucionales, se halla aquí limitada por los derechos de otra persona con los que colisiona: los del niño concebido y en desarrollo en el seno de la madre.

IV. La "igualdad de oportunidades" y los derechos del niño

El régimen especial de protección del niño y la mujer embarazada incorporado a la Constitución como una especificación de la regla de la "igualdad de oportunidades" no debe considerarse como enunciados abstractos; sino mandatos que obligan al Congreso; que conectan con otras normas de índole económica: por ejemplo, el inc. 19 del art. 75 que prevé instrumentos para un "desarrollo humano" y el nuevo "progreso económico con justicia social" con un crecimiento de raigambre federal (en sentido territorial y regional) y en donde se sientan diversas protecciones a la educación. Mientras el art. 41 protege al ambiente y el art. 42, defiende a consumidores y usuarios, a la competencia y el control de los monopolios, complementando las libertades clásicas de industria y comercio, de la propiedad individual y demás necesarias para incentivar y desarrollar la economía (manteniéndose los estímulos y beneficios ya preconizados por Alberdi en la antigua cláusula del "progreso" en el hoy inc. 18 del art. 75, ampliándolos con nuevos beneficios de índole federa), y regulándose también la materia de los servicios públicos.

En ese marco, la protección de la vida, vinculada con la "igualdad de oportunidades" y un régimen de seguridad social en protección "del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental" —que ratifica además la importancia de proporcionar la educación primaria como obligación del Estado, ya indicada en el art. 5º de la Constitución (originario de 1853)— y que alcanza también "a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia" dependerá en última instancia del sistema y de la política económica que se implemente por los gobiernos.

De este modo, el actual debate sobre el derecho a la vida y el problema del aborto tiene componentes económicos, sociales y educacionales de la mayor importancia, derivados de la Constitución. En efecto, parece inconstitucional e injusto, por ser contrario al derecho a la igualdad de oportunidades, que mujeres de escasos recursos deban acudir a practicar un aborto, con sus graves consecuencias psíquicas y espirituales, por no estar aún reglamentado ni aplicar el Estado, plenamente, el citado régimen de protección especial.

El enfoque constitucional está entonces centrado en el derecho a la vida, en la protección especial del niño y de la madre, y en la igualdad real de oportunidades y de trato para ambos, como una cuestión principalmente económica; necesaria para un desarrollo humano y con justicia social. No resultaría admisible que se despenalice el aborto por no poder asegurarse económicamente este derecho a la igualdad.

V. Procedimiento y mayorías exigidas para la modificación de un tratado de jerarquía constitucional

Una cuestión que estimo no suficientemente analizada durante el presente debate relativo a la despenalización del aborto, resulta de cuáles deberían ser las mayorías parlamentarias exigidas para la sanción de una ley en tal sentido.

En efecto, se da por sentado que la cuestión se resuelve por mayoría simple por tratarse de una ley modificatoria del Código Penal de la Nación. Sin embargo, si se considera el tema bajo una perspectiva constitucional —en los términos que la citada "Reserva Argentina" a la Convención sobre los Derechos del Niño y a su definición que el niño debe ser protegido desde la concepción, entendiéndola en el sentido que tal Reserva representa las "condiciones de su vigencia" de un tratado al que se ha conferido jerarquía constitucional— habría que analizar más profundamente el texto legal al que se arribe, si establece la despenalización del aborto en función del derecho de libertad individual, y en qué medida puede llegar a colisionar con la interpretación constitucional.

Si se llegara a un texto legal que modificara sustancialmente el nivel de protección que se contempla en la Convención sobre los Derechos del Niño en los referidos términos de la Reserva Argentina, y ello viniese a importar una modificación de la aprobación de esa Convención a la que se otorgó jerarquía constitucional en las aludidas "condiciones de su vigencia" entonces las mayorías requeridas para la derogación —concepto al que se podría asimilar la modificación sustancial de un tratado por una ley— la mayoría debería ser de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, que deberían autorizar al Poder Ejecutivo a denunciar a dicho tratado, conforme lo establece la parte final del segundo apartado del inc. 22 del art. 75.

Dadas las consecuencias que podrían producirse en el plano judicial ante una ley que despenalice el aborto, parece conveniente que las Cámaras analicen previamente, con intervención de sus respectivas Comisiones de Asuntos Constitucionales, las mayorías exigidas para sancionarla.