



Facultad de derecho y ciencias políticas
Sede regional rosario
Carrera abogacía

“Análisis constitucional y convencional del artículo cuarto de la ley 27610.”

2021

Tutor: Dra. Gabriela Abud.

Alumno: Clairón Sergio. Cel :0341-156051976

Correo electrónico: sergioclairon@gmail.com – sergioclay@hotmail.com

Título al que aspira: Abogado

Fecha de presentación: 23/07/2021

Agradecimientos

A Belkis por ser el apoyo incondicional en mi vida, que, con su amor y respaldo, me ayuda alcanzar mis objetivos. Gracias por entenderme en todo, por tu apoyo incondicional en mi vida eres mi todo reflejado en otra persona a la cual yo amo demasiado. Gracias por ser la luz que guía mi camino.

A Agostina que, aunque aún no lo sepas eres y serás lo más importante en mi vida, hoy he dado un paso más para servir de ejemplo a la persona que más amo en este mundo. Gracias a ti he decidido subir un escalón más y crecer como persona y profesional. Esperó que un día comprendas que te debo lo que soy ahora y que este logro sirva de herramienta para guiar cada uno de tus pasos. Gracias por existir.

Muy especialmente a mi tutora Dra. Gabriela Abud, por la acertada orientación, el soporte y discusión crítica que me permitió un buen aprovechamiento en el trabajo realizado, y que esta tesis llegara a un buen término.

A mi madre por su infinita paciencia.

Resumen

El presente trabajo plantea la revisión de diferentes normativas tanto nacional como internacional receptadas por el ordenamiento jurídico argentino y por la constitución nacional para la protección de la vida, y principalmente realizar un análisis constitucional y convencional del artículo cuarto de la ley 27610 a los fines de comprender si la norma en cuestión iría en contra de los lineamientos básicos que plantea nuestra constitución nacional en lo referente al derecho a la vida.

Las Constituciones rígidas y normativas como la nuestra son reconocidas como eficaces y con supremacía respecto de los restantes actos jurídicos del ordenamiento interno. En tal sentido, en tanto la Constitución posee la mayor fuerza del sistema, sus soluciones deben de alguna forma imponerse jurisdiccionalmente sobre las contrarias contenidas en actos subordinados.

Mi idea es exponer como está protegido el derecho a la vida, como funciona la supremacía constitucional y como resulta operativo el Control de Constitucionalidad en nuestro sistema ante un acto que vulneren las garantías consagradas por nuestra carta magna.

Abstract

This paper proposes the review of different national and international regulations received by the Argentine legal system and by the national constitution for the protection of life, and mainly to carry out a constitutional and conventional analysis of the fourth article of Law 27610 for the purposes of understand if the norm in question would go against the basic guidelines that our national constitution raises in relation to the right to life.

Rigid and normative Constitutions like ours are recognized as effective and with supremacy over the other legal acts of the internal order. In this sense, while the Constitution has the greatest force of the system, its solutions must in some way be imposed jurisdictionally over the contrary ones contained in subordinate acts.

My idea is to expose how the right to life is protected, how constitutional supremacy works and how Constitutional Control is operative in our system in the event of an act that violates the guarantees enshrined in our constitution.

Definición del área temática: Análisis constitucional y convencional del artículo cuarto de la ley 27610.

1 Marco teórico

Con la finalidad de lograr una adecuada presentación del tema abordado hay varios conceptos que debemos tener en cuenta:

1.1 Definición de la Concepción

Si se busca el significado de “concepción” en la mayoría de los diccionarios se encontrará entre sus diferentes acepciones la que brinda la biología y dentro de ella la embriología que la define como: “la unión de los materiales genéticos suministrados por ambos sexos para la procreación de un nuevo ser el que es denominado “feto”. Se ha producido de esta manera el proceso que es conocido como “fecundación”, es decir la fertilización de un gameto femenino “óvulo” por un gameto masculino “espermatozoide”, produciendo una nueva célula a la que se le da el nombre de “cigoto”. El cigoto está formado y definido genéticamente por 46 cromosomas que le son aportados por los gametos que tienen 23 cromosomas cada uno.” Es un nuevo ser biológico, único, determinado e irrepetible cuyo determinismo como ser humano ha ocurrido desde la fecundación”. (Votta,1998)

Es a través de una ciencia positiva como la Biología que queda demostrado que desde que se produce la fecundación ha quedado fijado un “programa” de lo que es un nuevo ser humano, distinto, único e irrepetible, con sus notas bien determinadas, fijadas en su ADN. Ese cigoto ya posee la identidad biológica de un nuevo ser humano.

El Profesor y Genetista francés Jeromê Lejeune grafica este maravilloso momento con un magnífico ejemplo. El compara al cigoto con un magnetofón y su cinta magnética, cuya banda de registro es el ADN en el cual están inscriptas las señales que caracterizan al nuevo individuo.” Al ponerse en marcha el mecanismo del magnetofón esa nueva vida humana es vivida estrictamente conforme a su propio programa”. (Ugarte Godoy,2004)

De acuerdo a este análisis biológico determinista, el comienzo de la vida humana se remonta exactamente a la fecundación y el Código Civil y Comercial así lo declara, en el art.19: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción; ...” y en el Art. 24 por su parte en cuanto a capacidad de ejercicio, define a las personas incapaces de ejercicio a la persona por nacer ... Este nuevo ser humano atraviesa por diversos períodos de desarrollo durante su vida intrauterina por lo que cada etapa es identificada con un nombre distinto de acuerdo al tiempo transcurrido desde la fecundación. Al primer período o período de preimplantación que dura aproximadamente entre 8 a 10 días se lo denomina blastocito que al implantarse en la pared uterina es denominado embrión. Durante unos dos meses el embrión forma los órganos del feto y al cabo de los tres meses ya tiene una forma humana y mide alrededor de 3 cm. Es a partir de este momento que se lo comienza a llamar propiamente “feto”. Durante la vida intrauterina el feto se va desarrollando y perfeccionando, hasta que llega un momento en el que la ciencia habla de “viabilidad de vida extrauterina” esto es alrededor de los 6 meses, cuando, a pesar de no estar totalmente desarrollado, el feto puede vivir fuera del útero.

1.1.1 Definición de Aborto

Etimológicamente la palabra “aborto” deriva del latín “abortus”, que se compone de dos partes: ab: partícula privativa y hurtos: nacimiento. Con lo cual su significado es “No Nacimiento”. También se encuentra el origen del término en el vocablo “aborire”: “Nacer antes de tiempo”. (Real Academia Española,2021)

La Medicina entiende por aborto: “toda expulsión del feto de manera natural o provocada, es decir la interrupción del embarazo, en el período no viable, cuando no puede subsistir fuera del seno materno”. (Organización Mundial de la Salud,2021)

No existe definición jurídica del término aborto en la legislación penal argentina. La Doctrina y el Derecho Comparado permiten entender que: “se trata de la interrupción voluntaria

del embarazo en cualquier momento de la preñez, o del iter gestationis”.(Gil Domínguez,1998)

Para el prestigioso jurista cordobés Ricardo Núñez, “Jurídicamente el aborto es la interrupción del embarazo de una mujer debido a la muerte del feto causada por la madre o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno”(Núñez,1999,pag 22):.

A pesar de las diferencias que existen, de acuerdo a cuál sea la disciplina científica que se aboca a su consideración y estudio, entre las distintas denominaciones que recibe el cigoto en su proceso de desarrollo, para el presente trabajo será indiferente utilizar las denominaciones “embrión”, “feto”, “nasciturus”, “persona por nacer” para designar a las diferentes formas de los sujetos que pueden padecer abortos.

1.1.1.1 .Secuelas físicas del aborto

Muerte: debido a hemorragias, infecciones, embolias, anestesia. (Obstetrics and Gynaecology N° 65, 1985)

Cáncer de Mama: el riesgo de cáncer de mama casi se dobla después de un aborto e incluso se incrementa aún más con dos o más abortos (Obstetrics and Gynaecology N° 65, 1985). Cáncer de ovarios, hígado y de cuello uterino o cervical: este riesgo se vincula aparentemente con la interrupción no natural de los cambios hormonales que acompañan al embarazo. (British Journal of Cancer N° 59, 1989)

Perforación de útero: es una lesión frecuente que suele quedar sin ser advertida hasta la ocurrencia de un nuevo embarazo pudiendo acarrear complicaciones muy severas que pueden derivar en histerectomías (cirugía que extirpa el útero), lo que significa la imposibilidad de nuevos embarazos. (American Journal of Obstetrics and Gynaecology, N° 161, 1989)

Desgarros cervicales: es quizás una de las complicaciones más comunes y a la vez una de las más serias que se produce con mayor frecuencia en los abortos realizados en el primer trimestre de embarazo, que normalmente no son tratadas y que pueden perjudicar con

el paso del tiempo la función reproductiva conllevando a una incompetencia cervical, es decir riesgo de partos prematuros o complicaciones durante el parto. El riesgo de lesión cervical es mayor en adolescentes y en abortos realizados en el segundo trimestre del embarazo. ("The Lancet", 1983)

Placenta previa, Embarazo ectópico, Afección inflamatoria pélvica, Endometritis.
(British Journal of Gynaecology and Obstetrics", 1987)

Complicaciones inmediatas: alrededor de un 10% de mujeres que se someten a un aborto sufren complicaciones inmediatas, algunas de ellas con la implicancia de riesgo mortal. Las complicaciones más comunes a las cuales se ha hecho referencia anteriormente son: infección, efusión excesiva de sangre, embolia, desgarro o perforación de útero, convulsiones, anestesia, lesión cervical, shock endotóxico. Asimismo, existen complicaciones consideradas "menores" que incluyen: fiebre, dolores abdominales crónicos, vómitos, problemas gastrointestinales y sensibilización Rh. (Human Reproduction 2nd Ed. Grimes and Cates, 1986.)

Riesgos añadidos para mujeres con múltiples abortos y en especial para adolescentes: en general los problemas considerados con anterioridad son factores de riesgo para mujeres que se han sometido a un solo aborto. Las mujeres que tienen abortos múltiples enfrentan un riesgo mayor de sufrir tales complicaciones, lo que debería ser considerado por quien realiza la práctica alertando a la mujer sobre los peligros a los que se enfrenta, sobre todo en el caso de las adolescentes teniendo en cuenta que una complicación muy importante y no infrecuente es el perjuicio reproductivo a largo plazo. (Canadian Medical Association Journal", 1980.)

Peor estado de salud general: en un estudio realizado sobre 1.428 mujeres, en Ottawa entre los años 1994 a 1997, los investigadores descubrieron que los embarazos malogrados y en particular los debidos a abortos provocados se asociaban de manera

significativa a una salud general más deficiente., los investigadores hallaron que durante el año posterior a la realización del aborto las mujeres visitaban a sus médicos de cabecera un 80% más por toda clase de razones.(Badgley et al, Report of the Committee on the Abortion Law, Supply and Services, 1994-1997.)

1.1.1.1.1 *Secuelas Psicológicas del Aborto*

La Dra. en Psiquiatría Carmen González Lavín, del Servicio Navarro de salud, España, en distintos trabajos de investigación relacionados con los efectos psicológicos postaborto provocado, enumera algunas consecuencias que considera frecuentes y que acontecen en la mujer tras una práctica de este tipo.

En primer lugar, destaca los cuadros depresivos acompañados de un gran sentimiento de culpabilidad, a lo que denomina “culpabilidad psicológica”, coincidiendo en esto con la mayoría de sus colegas abocados al estudio de la temática en todo el mundo.

Al respecto reseña que dicho sentimiento de culpa en un gran número de casos se instala y permanece durante toda la vida de la mujer, lo cual se constituye en un cuadro irreversible en el que el autorreproche y la idea de reparación son a la vez continuos e inescindibles. Reforzando las afirmaciones de la Dra. Gómez Lavín, la Dra. Standford, Psiquiatra de origen Canadiense, aporta su propia experiencia lograda a través de una extensa y prolija investigación en la que habla del Síndrome postaborto y señala cómo la mujer recorre tres estadios: 1) desasosiego y tristeza; 2) revive continuamente el momento aunque pasen los años, tratando de buscar la causa justificante, señalando la falta de opciones como argumentos de auto indulgencia, preguntándose cómo sería ese niño ahora, etc.; 3) depresión profunda, mucha culpa, pérdida de interés por el mundo que la rodea. A esto le agrega la Dra. Standford lo que ella llama la “Depresión del Aniversario”, que se sitúa alrededor de la fecha ya sea de la realización del aborto o a veces de la fecha posible de nacimiento. Para graficar la magnitud de las consecuencias psicopatológicas del aborto la Dra. Gómez Lavín utiliza una frase acuñada

por Helmut Willke, Profesor de Sociología de la Universidad de Bielefeld, Alemania: “Es más fácil sacar al niño del útero de su madre que sacarlo de su pensamiento.” (Gómez Lavín, s/f.)

Pero no sólo las mujeres que se realizan abortos padecen este tipo de complicaciones. También sufren un gran impacto emocional quienes llevan a cabo este tipo de prácticas, incluso aquellos que durante años defendieron a ultranza su práctica libre. El ejemplo más paradigmático de este fenómeno lo constituye el Doctor Bernard Nathanson, conocido como “El Rey del Aborto”, Médico del Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología; fundador de la “National Reproductive and Abortion Rights Action League”, la mayor clínica abortista de EE.UU. en los años 70. Durante su dirección se practicaron más de 60.000 abortos. En su biografía el Dr. Nathanson reconoce haber colaborado y trabajado con ahínco para legalizar el aborto para hacerlo así asequible para quien lo pidiera. Relata de una manera descarnada y estremecedora su labor al frente de su fundación llegando incluso a confesar que realizó el aborto de su propio hijo.

Relata que en el año 1972 sintió la necesidad de renunciar a su cargo como director de la fundación, aunque no encontró en esos momentos una razón que justificara su decisión se apartó y comenzó a interesarse por una nueva tecnología que empezaba a revolucionar el mundo. Era el ultrasonido que permitía “abrir” una ventana en el vientre a través de la cual se podía observar el corazón del feto en monitores, podían verlo, medirlo, examinarlo, mirarlo y por sobre todo crear un vínculo afectivo. Por supuesto esta maravilla tecnológica lo enfrentó consigo mismo, con su conciencia, con su moral, con el paradigma que había sido su norte y por el que había luchado incansablemente, convencido de que no era vida lo que eliminaba, ya no estaba tan seguro que el aborto “a la carta” como el lo llamó estuviera bien. En el año 1974 escribió un artículo para la revista “New England Journal of Medicine” en el que dijo: “ya no quedan dudas en mi cabeza de que la vida humana existe en el vientre desde el comienzo mismo del embarazo. La vida es un espectro continuo que comienza en el útero y acaba con la

muerte natural; las bandas de ese espectro se designan con palabras tales como feto, bebé, niño, adolescente, joven, adulto, viejo.” Finalmente restringió la práctica del aborto a aquellos casos en lo que juzgaba que existía una necesidad imperiosa de hacerlo; estos incluían la violación y el incesto. Fue en ese mismo año en el que escribió un libro titulado “La América que Aborta” en el que hizo una lista de situaciones que podrían ser justificantes del aborto. Fue a partir de ese momento en el que comenzó a desandar el camino que había trazado y como él bien lo dice “había aceptado el cambio de paradigma.” (Nathanson ,1981)

El testimonio de Sallie Tisdale, una enfermera que trabajó en una clínica de abortos, publicado por la revista Harper también revela el impacto emocional de las personas que realizan abortos, ya que lo considera como un procedimiento médico, pero con implicancias negativas por las secuelas que produce en un gran porcentaje de quienes lo practican y llegó a definir el aborto como: “el límite más estrecho entre la amabilidad y la crueldad. Hecho de la mejor manera posible, una dulce brutalidad practicada con dura y amorosa frialdad”. (MacNair,s/f)

1.1.1.1.1.1 ***Orden jerárquico de las leyes***

La jerarquía normativa es un principio jurídico por el cual las normas de un ordenamiento jurídico se ordenan mediante un sistema de prioridad, según el cual unas normas tienen preferencia sobre otras; para establecer tal prioridad se pueden usar distintos criterios, como son, por ejemplo, la validez de la norma basada en otra previa superior, la función de la norma, la preferencia en la aplicación de la norma o el diferente órgano político del que surge la norma. Con la jerarquía normativa se ordenan diferentes elementos del ordenamiento jurídico, de modo que este consigue unidad y coherencia

En la comprensión de la jerarquía normativa la idea de validez normativa es determinante. Así Requena López entiende que lo esencial de la jerarquía normativa consiste en hacer depender la validez de unas normas jurídicas de otras normas jurídicas, de modo que

una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla, de manera que la norma inferior debe acatar la superior. La idea de jerarquía normativa está presente en el pensamiento jurídico de Hans Kelsen (1881-1973) para quién también el elemento decisivo que determina la existencia del Derecho es su validez (y no su eficacia o su justicia). Para Kelsen el ordenamiento jurídico se organiza como una pirámide escalonada donde cada rango normativo ocupa un escalón, de modo que la norma del escalón siguiente fundamenta la validez, la existencia, de la del escalón anterior. En esta jerarquía normativa kelseniana la cúspide de la pirámide la ocupa la Constitución; tras ésta en un segundo escalón están las normas generales, en las que Kelsen incluye leyes y costumbres; en un tercer escalón se ubican los reglamentos; en el cuarto escalón la función judicial (para Kelsen una sentencia es una individualización de una norma general); en el quinto y último escalón hallamos al negocio jurídico. La pirámide se sostiene en un elemento ideal y no positivo cómo es la norma fundamental, mientras que su base se corta por el plano fáctico dado por los efectos sociales que producen las normas.

En otra previa superior, la función de la norma, la preferencia en la aplicación de la norma o el diferente órgano político del que surge la norma. Con la jerarquía normativa se ordenan diferentes elementos del ordenamiento jurídico, de modo que este consigue unidad y coherencia

En la comprensión de la jerarquía normativa la idea de validez normativa es determinante. Así Requena López (2004) entiende que lo esencial de la jerarquía normativa consiste en hacer depender la validez de unas normas jurídicas de otras normas jurídicas, de modo que una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla, de manera que la norma inferior debe acatar la superior.

1.1.1.1.1.1 Constitución

La constitución es la Ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política.

Texto Constitucional antes de 1994: En este texto no se encontraba una declaración formal del derecho a la vida y tampoco consideraba el período pre-natal de ésta. La doctrina y la jurisprudencia interpretaban que el derecho a la vida, al igual que todos los derechos naturales, estaba implícito en el Art. 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. La CSJN sostuvo siempre que el derecho a la vida es la base para todos los demás derechos y lo declaró “primer derecho natural de la persona humana...que, obviamente resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.” (*Amante Leonor y otros c/AMTA*, 1989) Este reconocimiento, según la misma CSJN, se extiende al niño por nacer: “...el sistema constitucional, al consagrar los derechos, declaraciones y garantías establece las bases generales que protegen la personalidad humana... el eje central del sistema jurídico es la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte”. (*Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, 1993)

Texto Constitucional después de la reforma de 1994: cuando se convocó la Convención Reformadora la Ley de Convocatoria declaró la necesidad de la reforma y estableció un “núcleo de coincidencias básicas” que señalaba reformas concretas pero el derecho a la vida y los derechos humanos no estaban planteados en la convocatoria, sin embargo sus partidarios hicieron esfuerzos denodados por incluirlos junto con el núcleo de coincidencias básicas y a pesar de que no lo lograron por ese medio la estrategia de los defensores del derecho a la vida desde la concepción consistió en introducirlo en los

debates sobre medio ambiente, el amparo, tratados internacionales, acciones positivas contra la discriminación. Consiguieron la incorporación de derechos humanos que lo proclaman y defienden, pero fallaron en su objetivo específico que era lograr su explicitación en el texto de la Constitución. Por su parte, la estrategia de sus opositores consistió en declararlo no habilitado o necesitado de un previo debate nacional. El Dr. Germán Bidart Campos afirma:

En nuestro derecho, aunque ninguna norma infra constitucional hiciera arrancar el derecho a la vida desde la concepción, entendemos que el aborto lo viola, y que abortar con o sin ley que lo autorice es inconstitucional. Ni siquiera el aborto por motivos terapéuticos, eugenésicos, sentimental, podría purgarse. No llegamos a decir que la constitución obligue a penalizar el aborto mediante ley, pero si decimos que cuando lo penaliza – como nuestro código penal – las des incriminaciones que a continuación hacen excepción a la punición aparentan revestir implícitamente una especie de autorización legal que, en cuanto tal, si es inconstitucional.” (Bidart campos,2004)

1.1.1.1.1.1.1.1 Control de constitucionalidad

Sobre las leyes, los decretos, las sentencias y los actos no normativos emanados de la autoridad o de los particulares, se prevé un sistema de control dirigido a asegurar, la Supremacía Constitucional. Si no hay control, la supremacía es un simple enunciado. El control puede llevarse a cabo a través de dos sistemas:

- Control político
- Control judicial.

En nuestro país el control es judicial. Este sistema nace con la interpretación de la Constitución de los EE UU que hizo la Corte Suprema de ese país, en el caso “Marbury v.

Madison”.

Según los órganos que lo ejercen, el control puede ser:

- concentrado

- difuso.

En nuestro país, el control es difuso. La declaración de inconstitucionalidad, la puede efectuar cualquier juez del estado, sin perjuicio de llegar por apelación, hasta el Tribunal Supremo.

El control de la Supremacía, surge del art. 116 de la Constitución Nacional al disponer que “Corresponde a la Corte Suprema o a los Tribunales Inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución y por la Leyes de la Nación ...”.

. Teniendo nuestro diseño institucional un control difuso de constitucionalidad y habida cuenta de la doble fuente de producción normativa es claro que debemos advertir que el poder judicial llamado a ejercer tal control debe efectuar un doble escrutinio según las circunstancias del caso.

Lo visto hasta ahora tiene una forma y modo jurisdiccional de aplicación concreta del derecho ante el caso planteado que obliga al juez a un doble escrutinio, ya no facultativo o potestativo de otros tiempos, sino imperativo; ya no a pedido de parte, sino de oficio, asumiendo del juez el rol de prestador de un servicio público esencial y obligado por el “iura novit curia” pero también consiente de que cuando se excita la jurisdicción constitucional cuya competencia la ejerce cuando es convocado por alguna garantía o ejerciendo esta actividad de “guardián” de la constitución y de las garantías que emergen de la constitución y los tratados, este poder se legitima cumpliendo y haciendo cumplir los postulados que resguardan los derechos fundamentales.

Esta “prestación de servicios” que efectúa el juez son las garantías secundarias que brinda un Estado de derecho democrático de base consensual donde la constitución y los derechos fundamentales son la base misma del dialogo consensual, base indispensable que oficia de común entendimiento.

El juez es, pues, garante del sistema democrático pues efectiviza el imperio del derecho o de justicia puesto que el sistema democrático hoy día se legitima si y solo si se respetan los derechos fundamentales que no están a merced de las mayorías circunstanciales.

Después de los precedentes juzgado de instrucción militar N.º 50 Rosario; Mill de Pereyra, Banco Comercial de Finanzas que se consolida en “ Rodríguez Pereyra (fallos 321:3620) la CSJN con fundamentos históricos remitidos a Municipalidad c/ Elortondo de 1888 toma las enseñanzas de Sánchez Viamonte de que “ no existe argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer termino la constitución nacional” y efectúa una interpretación congruente entre el control de constitucionalidad y de convencionalidad” explica con lucidez Gelli.(Gelli, 2013) Se consolida el control de constitucionalidad de oficio.

La CSJN en Giroldi y Bramajo ya señalo la obligatoriedad de seguir los dictados de las sentencias de la CIDH y luego las resoluciones de la CADH, pero es el caso "Mazzeo" donde la CSJN toma las expresiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile" (2006) del control de convencionalidad de oficio y su obligatoriedad al expresar que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de

la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”

Nuestro máximo tribunal afirmó que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana".

Por ello afirmo Gelli que como se ve, una interpretación del derecho interno a la luz del derecho internacional, emanado de la interpretación efectuada por el tribunal internacional cuya jurisdicción aceptó nuestro país

Esto implica y obliga a una mirada sobre las fuentes pero también a la interacción o dialogo de jurisdicciones. “ Esta “interacción” se convierte, en realidad, en una “viva interacción” con intensos vasos comunicantes que propician el “diálogo jurisprudencial”, en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad “nacional” y a la “convencional” en determinados supuestos... para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, “en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el “debido proceso convencional” (en sentido amplio)”(*Ferrer Mc Gregor, 2010 CIDH Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México*) como explica Ferrer Mc Gregor, ya que la C.I.D.H no actúa como tribunal de 4ª instancia sino que merced al dialogo de cortes, ya que la “intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y

sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización” como bien se explica lo que es receptado positivamente en nuestro país.

Con acierto Hitters, señala “que el control de convencionalidad y de constitucionalidad se ejerce simultáneamente, poseyendo un carácter oficioso, extenso y ejercido por todos los órganos del Estado” (Hitters, 2009) pero la interpretación debe ser conforme a los precedentes para permitir la fluidez del dialogo de Cortes, caso contrario será un diálogo de sordos.

Por ello predicamos entonces la llamada “interpretación conforme que es la adecuación a la normativa de la C.A.D.H ya que la Corte IDH ha precisado que el control de convencionalidad puede implicar la expulsión de normas contrarias a la CADH, o bien, su interpretación conforme a la misma y esto se debe a la aparente colisión de principios, como señalamos antes, donde el juez siguiendo el sentimiento de justicia aplica la norma conforme a la mejor prestación del servicio que materializa el fin – justicia- perseguido que no puede ser otro que ensanchar los valores que dieron origen a los tratados universales y regionales que garantizan los derechos fundamentales de hombre.

1.1.1.1.1.1.2 Tratado internacional

¿Qué es un tratado internacional? Un Tratado internacional, es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. (Naciones Unidas ,1969,)

A partir de la Reforma Constitucional de 1994 Los Pactos Internacionales gozan de jerarquía constitucional. El nuevo Art. 75, inc. 22: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la "jerarquía constitucional"

El art. 75, inc. 22, sienta, como principio general, el de la supra legalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola excepción.

La modificación ha de verse así:

- En concordancia con el viejo art. 27, los tratados están por debajo de la constitución, pero
- Por encima de las leyes, y de todo el resto del derecho interno.

Este principio implica el abandono de la jurisprudencia de la Corte Suprema vigente hasta 1992, que no reconocía el rango suprallegal de los tratados.

La excepción viene dada para los tratados de derechos humanos, de la siguiente manera:

- El mismo art. 75, inc. 22, inviste directamente de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, pero además
- Prevé que, mediante un procedimiento especial, otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía constitucional.

En los dos supuestos, tales tratados no entran a formar parte del texto de la constitución y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con la Constitución su misma supremacía. O sea, no son infra constitucionales como los otros.

Este derecho internacional de los derechos humanos ostenta perfiles que lo distinguen del derecho internacional común, general o clásico. Los tratados sobre derechos humanos, si bien responden a la tipología de los tratados internacionales, son tratados destinados a obligar a los Estados parte a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas, es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman la población de tales Estados. El compromiso y la responsabilidad internacionales, aparejan y proyectan un deber "hacia dentro" de los Estados, cual es el ya señalado de respetar en cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado-parte.

2 INTRODUCCION

El 15 de enero de 2021 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo que legaliza el aborto en Argentina. La nueva norma tiene como origen un proyecto de ley elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso el 18 de noviembre de 2020, que tuvo un rápido tratamiento y resultó sancionado el 30 de diciembre de 2020. Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional promulgó la ley el 14 de enero de 2021

Así, tomando como base la constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina y aquellos que tienen jerarquía constitucional, cuyo status en la pirámide normativa es superior a las leyes, me propongo en esta ocasión ofrecer un análisis de convencionalidad art 4 de la ley 27610 en el cual reza: Art. 4º- Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional.

Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:

a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida; b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante.

A simple vista y con un análisis básico de las normas, entendemos que dicho artículo es injusto e inconstitucional. Este trabajo tendrá como base el estudio y desarrollo de que:

El aborto fue receptado en el ordenamiento argentino como una práctica legal, dándose relevancia al derecho reconocido de la mujer a decidir sobre su cuerpo, vale decir “Su

Autonomía”, como así otros derechos consagrados como el de la integridad, dignidad, etcétera. Sin embargo, extrapolar la idea de legalización, como idea de practica libre basada en la supremacía del derecho de la mujer, encierra diferentes cuestionamientos que chocan principalmente con el derecho a la vida de la persona en gestación o por nacer, entendemos entonces dicha situación pone en relieve una “colisión de derechos”. Por un lado, los derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, a la dignidad, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias y por otro lado ,los derechos y la protección de la vida de la persona por nacer en primer lugar como uno de los bienes jurídicos de mayor relevancia y en concordancia con los tratados internacionales a los que nuestro país a suscrito e incorporado al bloque de constitucionalidad. Ahora bien, en este choque de derechos ¿quién decide cual es el más relevante?

Por lo que en los diferentes capítulos de este trabajo desarrollaré, en el capítulo primero el derecho a la vida, ¿desde qué momento se considera que hay vida? y sus diferentes teorías, ¿dónde está plasmado en el ordenamiento interno y en los diferentes tratados suscriptos por nuestro país como así también en la constitución nacional.?

En el capítulo segundo tratare la supremacía constitucional y su recepción y evolución en el derecho argentino a los fines de mostrar como la misma fue evolucionando hasta incorporar en la constitución nacional una serie de tratados de derechos humanos y darles jerarquía superior a las leyes.

Y en el capítulo tercero tratare el control de constitucionalidad realizando una investigación jurídica de carácter teórico, y su importancia concerniente al Control

Constitucional en la República Argentina, teniendo presente para su desarrollo el proceso histórico y jurisprudencial del mismo.

Mi idea es exponer como resulta operativo el Control de Constitucionalidad en nuestro sistema ante actos que vulneren las garantías consagradas por nuestra carta magna.

A raíz de esto debemos convenir que la Constitución se erige como la norma fundamental, es por ello que los derechos conferidos por ella, son considerados como Pilares Fundamentales del Estado de Derecho, pues garantizan a sus destinatarios, la máxima igualdad, tanto entre particulares como en las relaciones que se entablen entre estos y el Estado. Sin embargo, hay que decir, que de nada servirán los derechos fundamentales consagrados en la Constitución si no se estableciera un mecanismo que hiciera posible el real acceso a los mismos, es por ello que se establecen las garantías constitucionales, las cuales están para salvaguardar el acceso a sus derechos a todos los que gocen de los mismos, según nuestro texto constitucional.

La supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución, cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto que llamamos inconstitucionalidad o anticonstitucional.

3 Capítulo I

3.1 Introducción

En este capítulo voy a referirme al derecho a la vida, y hacer referencia a la protección que el ordenamiento legal hace respecto de la existencia de la persona humana, nacida o no.

Aparece aquí la primera distinción entre persona nacida y no nacida o en gestación, Dicha distinción es también receptada por nuestra ley, toda vez que asigna a la persona no nacida derechos, algunos efectivos para su condición y otros potenciales que solo serán efectivamente adquiridos bajo la condición de nacer viva.

Ahora bien, nuestra ley en términos generales habla de la concepción o del embarazo, como el momento en donde se inicia la existencia humana, vale decir, el momento en el cual se inicia la vida humana. Suma relevancia para este trabajo, esbozar las diferentes concepciones teóricas referidas al inicio de la vida humana desde un enfoque biológico, para luego observar la asimilación que nuestro ordenamiento realiza de las mismas.

3.1.1 Teorías respecto del inicio de la vida

a) Teoría de la Fecundación

Esta postura sostiene que la vida inicia desde el instante en que el ovocito fecundado resultante (cigoto) contiene los veintitrés pares de cromosomas aportados por los gametos masculino y femenino otorgándole una composición genética única. A partir de ese momento se inicia un proceso uniforme y autogobernado por el mismo embrión que, en el transcurso normal de su evolución, conducirá a un ser humano con las características morfofuncionales que conocemos.

Prueba de ello es la fecundación extracorpórea: puesto en laboratorio el óvulo en contacto con el espermatozoide, el ovocito fecundado contiene los cuarenta y seis cromosomas con toda la información que ese individuo necesita para cada fase de su vida y sigue sólo su desarrollo en sentido correcto. El embrión es auto gestante, como lo

demuestra el hecho de que pueda implantarse fuera del útero y seguir desarrollándose en un camino sin retorno.

Hasta este momento no se puede decir que ya existe un solo individuo, sino que se ha iniciado el proceso que culminará con la fusión de los pronúcleos masculinos y femeninos

b) Teoría de la singamia

La Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires ha afirmado que “la unión del pronúcleo femenino y masculino dan lugar a un nuevo ser con su individualidad cromosómica y con la carga genética de sus progenitores. Si no se interrumpe su evolución, llegará al nacimiento (Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, 1994). Conforme esta teoría, entre dieciocho y veinte horas después de la penetración producida por el espermatozoide en el óvulo se produce la fusión de los pronúcleos generando en este proceso un nuevo individuo con una carga genética diferente a la aportada por el espermatozoide y por el ovulo individualmente. Éste es el momento en el cual se inicia la vida humana para aquellos que aceptan esta teoría.

c) Teoría de la formación del sistema nervioso central

De acuerdo con esta teoría la vida humana se inicia entre el décimo quinto y el cuadragésimo día posterior a la fecundación en que se inicia la formación del sistema nervioso central lo que constituye la verdadera instancia diferenciadora según *en el Caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*, (2012). En este sentido, quienes abonan a esta postura diferencian la figura del embrión de la del feto ya que es el primero equiparado a una cosa pues no admite la capacidad de adquirir conciencia, siendo ella el elemento distintivo de la persona humana. Un punto de base es aquel por el cual se indique que la falta de actividad eléctrica del encéfalo implica el fin de la vida humana, mal podría indicarse que el inicio no se ajustara a similares condiciones. Sobre este particular se ha dicho que el hecho de que el electroencefalograma plano durante un cierto tiempo sea

hoy un criterio aceptado para dictaminar la muerte de un individuo no es comparable en absoluto al electroencefalograma plano de un embrión en desarrollo, en el primer caso, el cerebro ha dejado de funcionar; en el segundo caso, aún no ha empezado porque su programa genérico de desarrollo todavía no ha mandado la información necesaria para ello

3.1.1.1 Recepción Normativa

Nuestra Constitución, no declara expresamente el derecho a la vida, sino que, a decir de Bidart Campos, está considerado dentro de los derechos “Implícitos”, toda vez que es fundamental para el ejercicio del resto de los derechos. En igual sentido se expresó la Corte Suprema de la Nación: “Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes” (SAGUIR Y DIB, CLAUDIA GRACIELA, 1980)

A partir de la modificación de la Constitución Nacional en el año 1994, nuestro ordenamiento reconoce para determinados Tratados Internacionales, rango Constitucional, muchos de ellos manifiestan de forma expresa el derecho a la vida. Tal incorporación y su ubicación en el bloque constitucional, no se limita a expresar sin confusiones lo relativo del derecho a la vida, sino que es amplia respecto de otros derechos ya consagrados con el mismo rango, antes de la reforma, infra – Constitucional, como los relativos a los derechos del niño, derechos ambientales, lucha contra toda forma de discriminación a la mujer, etc. Nuestra constitución en el artículo 75, inciso 22, faculta al Congreso a *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*

**La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*

**La Declaración Universal de Derechos Humanos.*

**La Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

**El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

**El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.*

**La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.*

**La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.*

**La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.*

**La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.*

**La Convención sobre los Derechos del Niño.*

*En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y **deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos**. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

La normativa con jerarquía constitucional que defiende el derecho a la vida es la siguiente:

•Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo I. : “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Destaca en el resto de su articulado que toda persona tiene derecho a que se le

reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales

•**Convención Americana Sobre Derechos Humanos**

•Artículo 4. Derecho a la Vida. 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.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054, llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, fue firmada en esa Ciudad, el 22 de noviembre de 1969. En la misma, nuestro país reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa convención.

• **Declaración Universal de Derechos Humanos**

Artículo 3.º – : “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Art. 6: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

•**Convención sobre los Derechos del Niño**

ARTICULO 2º — Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones:

-Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA 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.

Es así como, nuestro país ha expresado con claridad su posición respecto del inicio de la vida, y consecuentemente su protección, siendo este punto el de la concepción

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: (1966, Nueva York) Art. 6: “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”. Art. 10 establece la protección a la familia como “grupo natural y unidad fundamental de la sociedad”. Art. 12 reconoce el Derecho a la Salud, especialmente la mortandad infantil y el desarrollo sano de los niños.

3.1.1.1.1 El inicio de la persona humana en la legislación argentina

El inicio de la persona humana es relevante para la legislación argentina. Esto se debe a que la persona es considerada un sujeto de derecho y no un objeto de derecho. En otras palabras, la persona no es una cosa, sino más bien el poseedor de derechos. El sujeto se sirve de la cosa y puede disponer de ella, pero no puede disponer del derecho sobre otro sujeto.

En la Argentina la persona humana existe desde el momento de la concepción hasta el momento de su muerte.

Así lo establece la legislación de jerarquía constitucional

El artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional

Merece un párrafo aparte el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional Argentina.

Artículo 75. Inciso 23. Corresponde al Congreso: Legislar y promover medidas de acción positivas 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 de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

En el mismo se presenta al niño en su etapa prenatal como un sujeto de derecho. Esto es así toda vez que el régimen dictado por el Congreso tiene por objeto su protección “desde el embarazo”.

En otras palabras, surge del propio texto de nuestra Constitución que la vida humana comienza con la concepción.

Por su lado la legislación local indica en el Código Civil y Comercial de la Nación lo siguiente:

“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”

En este sentido, la modificación de nuestro Código Civil y Comercial recepta tales lineamientos, en muchos aspectos, en particular en lo referido al inicio de la existencia humana.

• Artículo 19, Código Civil y Comercial Argentino: “...La existencia de la persona humana comienza con la concepción.”

Sin embargo, ¿Cuál es el momento en que se produce la concepción? ¿Cuáles de las teorías mencionadas en puntos anteriores se adecua al concepto de Concepción que recoge el Código Civil y Comercial, en línea con las leyes superiores? Nuestra Corte Suprema se ha expresado en sentido en que debe reconocerse existencia de vida humana desde la fecundación. Basa su definición en diferentes posiciones de carácter biológico, primordialmente la referida a que con la fecundación se está en presencia de un ser con todas sus potencialidades y con características humanas propias, diferentes a la de la madre y a las del padre.

Sobre el tema en cuestión se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario.

En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo...Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación" (*Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, 2002)

Por su parte el artículo 24 perteneciente al capítulo de Capacidad, lo reconoce implícitamente ya que enumera las "personas" incapaces de ejercicio, y entre ellas se encuentra "la persona por nacer, la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y la persona declarada incapaz por sentencia judicial

Es decir que les asigna la calidad de persona a los efectos de este código. También es importante resaltar que la Jurisprudencia, se ha pronunciado a favor de este reconocimiento diciendo que, en el ordenamiento legal y constitucional argentino," la existencia de la persona comienza desde la concepción, momento a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica". (Rabinovich Ricardo s/medidas precautorias ,1999). A todo lo expuesto hay que sumarle que desde 2005, rige la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual en su artículo 8 reconoce expresamente "el derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida".

Particularmente sobre el derecho a la vida se ha afirmado, que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo..." "Que el embrión deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación". (*Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, 2002)

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que si bien la existencia de diferentes teorías respecto del inicio de la vida, sin ninguna pretensión de unificarlas, redundan en que existe persona humana como mínimo después de cuarenta días desde la fecundación, por lo tanto, esta apreciación resulta relevante a los fines de considerar el art 4 de la ley 27610 que permite interrumpir el embarazo hasta la semana 14 (98 días). Por otro lado, podemos apreciar que nuestro ordenamiento recepta como momento de inicio de la existencia humana el momento de la concepción y entendiendo este momento no como un instante sino como un proceso, es el referido a la fecundación, vale decir a la unión de los gametos masculinos y femeninos del cual resulta el embrión. Por lo tanto, encontramos claramente dos limitaciones a considerar en vista de la presente ley, una relativa al sustento teórico biológico y otro jurídico interpretativo relativo al momento de la existencia humana.

3.1.1.1.1.1 Conclusión

De todo lo anteriormente expuesto podemos llegar a concluir que la vida está protegida en nuestro ordenamiento jurídico desde la concepción y la misma fue receptada por

diversos tratados de derechos humanos incorporados a nuestra constitución nacional en el art 75 in 22 teniendo los mismos jerarquía constitucional.

4 Capítulo 2

4.1 LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

4.1.1 LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL HASTA 1994

En todo ordenamiento jurídico existe una gradación jerárquica, que Kelsen simboliza en una pirámide y en cuya cúspide reside la Constitución Nacional. Esta adquiere el carácter de suprema con referencia a todo el ordenamiento, al cual condiciona y habilita.

En las constituciones escritas y rígidas, cualquier violación a la escala jerárquica, constituye en los hechos, una modificación indebida que provoca una improcedente flexibilidad, por órganos que no están autorizados ni facultados para llevar adelante la pretensión de reforma.

En las constituciones flexibles, donde diferentes normas autorizadas por el legislador, están facultadas para modificar la constitución sin sujetarse a procedimientos especiales alguno, existe un límite preciso para el Órgano que pretenda llevarla a cabo: el respeto a la escala jerárquica impuesta por la ley constitucional vigente.

En la Constitución vigente hasta 1994, el orden de supremacía aparecía claramente en el art.31 de la Constitución Nacional, al disponer el Convencional constituyente:” 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; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

En el texto, la cúspide del ordenamiento estaba en la constitución formalmente considerada y debajo de ella el resto del ordenamiento jurídico. Esto se reafirma en el art.27 de la C.N. que determina que los tratados estén por debajo de la primera y segunda parte de la

C.N., en su aspecto formal, no pudiendo modificar aquellos, los principios de derecho público por ella establecidos.

También la constitución resulta suprema respecto de las leyes que el Congreso Nacional dicte en consecuencia de ella. Así lo dispone en su art 28: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Del art.86 inc.2 se desprendía también la superioridad jerárquica de la Constitución formal respecto de los decretos y reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo.

Las sentencias, no estaban divorciadas del marco de supremacía que deben respetar, dado que las mismas, deben ser dictadas, de acuerdo con el orden constitucional, ante el imperativo de fundarlas en legislación a los efectos de resolver todo conflicto que en concreto se presente.

La Constitución Federal es también suprema respecto de la normativa provincial de acuerdo a lo estipulado en los arts. 31 art 5 y art 110 de la C. Nacional.

Hasta la reforma de 1994, y en atención a las disposiciones citadas precedentemente, existía un debate con el fin de determinar quién imperaba ante la colisión de una norma establecida en un tratado internacional ratificado por nuestro país y una disposición legal, vigente.

Al disponer el art.31, que..." la Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras, SON LA LEY SUPREMA DE LA NACION..."; el "son" determinaba que el marco de supremacía lo constituía un tríptico. La lectura de los arts. 27, 28 y 31 de la C. Nacional, ratificaban lo que nadie dudaba: La Constitución estaba por sobre tratados y leyes, pero, no alcanzaba a discernir el texto, como resolvemos el marco de

supremacía cuando la colisión se producía entre una norma de un tratado internacional ratificado por nuestro país y la ley vigente.

La jurisprudencia había interpretado, en forma pacífica, desde 1853/60, la aplicación de la teoría dualista, exigiendo, ante la aprobación y ratificación de un tratado internacional, la sanción de la ley, en el ámbito del derecho interno, que lo pusiera en vigencia.

Sin embargo, en las postrimerías de la segunda guerra mundial, la Corte Suprema introdujo y convalidó la teoría monista, en el “Caso Merck”(Merck Química Argentina s.a. C/Gobierno de la nación s/interdicto ,1948) distinguiendo entre períodos de paz y de guerra, justificando en el segundo caso, la primacía del derecho de gentes por sobre la Constitución Nacional.

Es interesante analizar el fallo de referencia porque permite observar el carácter político de la Suprema Corte, en el marco de la coyuntura que nuestro país atravesaba en ese período, supeditando la Constitución Nacional a las leyes de gentes, en etapas de guerra.

De la lectura de los hechos, se deduce que el Poder Ejecutivo ordena la confiscación del patrimonio de Merck Química Argentina, propiedad del enemigo, a través de un decreto el Poder Ejecutivo, priorizando el derecho de gentes sobre el art.17 de la C. Nacional. Los abogados de Merck impugnan esas acciones manifestando ante el Poder Judicial, que la confiscación está expresamente prohibida por la norma fundamental y no existe, en el marco de la teoría dualista que la Corte Suprema ha instalado como precedente judicial durante todos esos años, una ley en el derecho interno que justifique dicha acción como excepción.

Por otra parte, también señalan que la acción impugnada es violatoria del debido proceso, establecido por el art.18 de la C. Nacional, dado que se han confiscado los bienes sin las garantías del debido proceso y la defensa en juicio.

La Corte Suprema admite la confiscación, supeditando la Constitución Nacional a las leyes de guerra, al distinguir entre períodos de paz, en la que debe aplicarse la tesis dualista y período de guerra, en que se aplican las tesis monista.

Sin perjuicio de lo expuesto y por imperio de la tesis dualista, los precedentes judiciales habían interpretado la supremacía de la Constitución Nacional sobre leyes y tratados.

¿Cuándo leyes y tratados vigentes colisionaban, como interpretaba el Poder Judicial la supremacía?

Partiendo que un tratado internacional al ser incorporado a nuestro derecho interno, debe aprobarse por el Congreso de la Nación, adoptando la formalidad de una ley; el tiempo de su sanción determinaba su vigencia y la correlativa derogación y/o abrogación tácita o expresa de aquella ley que se le oponía. El principio “La ley posterior deroga la anterior. (Martín y Cía. Ltda. S.A c/Nacion,1963)”

Estos criterios interpretativos se mantuvieron desde los mencionados “Casos” hasta el año 1992 aproximadamente, al resolver la Corte Suprema, el “Caso Emekdjian c/Sofovich”(Emekdjian c/Sofovich,1992)

Durante todo ese tiempo, participando que nuestro país, era “tierra de paz”, la aplicación de la teoría monista estaba limitada a los estudios sobre antecedentes de fallos de la Corte, la que no invocaba ni aplicaba la misma. Por el contrario, exigía, frente a la aprobación y ratificación de convenios internacionales, que el legislador, sancionara la norma que reglamentaba el derecho reconocido en el tratado, a efectos que tuviera vigencia en el ámbito interno.

Al respecto, cuando el Congreso aprobó y posteriormente se ratificó la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto san José de costa rica), que habían

normado sobre la filiación igualitaria o la patria potestad compartida o indistinta, fue necesario legislar al respecto, en el derecho interno, para que la ley sea aplicable.

En el año 1988, en el “Caso Ekedmejian c/Neustad ” (Ekedmejian c/Neustad, 1988), guardando coherencia con lo expuesto, la Corte Suprema, ratificando la vigencia de la tesis dualista no admitió la operatividad del derecho de réplica establecido en el art. 14 de la citada CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, argumentando que el legislador en el derecho interno, pese a diferentes proyectos que se habían presentado ante el Congreso para reglamentarlo, a la fecha del análisis del caso, el mismo no lo había aprobado y ello era necesario en virtud del carácter programático de la norma en cuestión. En dicho fallo, la Corte no reconoce el carácter de Órgano de Consulta de la Corte Interamericana y evita arbitrariamente la aplicación de la Convención de Viena, con vigencia en ese año.

En 1992, el fallo “ Ekmedjian c/Sofovich ” (Ekmedjian c/Sofovich, 1992) , conformó una verdadera transformación interpretativa, habida cuenta que la Suprema Corte abandonó la teoría dualista o monista con los fundamentos vertidos hasta ese entonces y comenzó a distinguir entre normas operativas o programáticas. El tratado o la convención internacional, aprobado y ratificado, en las condiciones de su vigencia, conteniendo normas operativas, se imponía en el derecho interno y en consecuencia, se asimilaba al monismo.

El mismo instrumento internacional, con normas programáticas, necesitaba de la sanción de otra norma, en el derecho interno, para ponerla en vigencia.

No solamente, la Suprema Corte avanzó en esa materia, sino que fue mucho más allá: Reconociendo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Justicia en materia de derechos humanos, fue en consulta a la misma, renunciando de hecho y por derecho, al monopolio interpretativo en materia de contralor constitucional, delegando dicha facultad a la Corte Interamericana de Justicia.

Hasta 1994, fecha en que se reformó la Constitución Nacional, la propia Constitución, los tratados o convenciones internacionales aprobados y ratificados por nuestro país, las leyes federales, los decretos del Poder Ejecutivo, las Constituciones provinciales, las leyes de cada provincia, las ordenanzas municipales etc., conformaban en ese orden, el ordenamiento de supremacía, y la interpretación del Poder Judicial, con ligeros matices, lo había admitido.

4.1.1.1 LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DESDE 1994.

Una situación inédita y, en consecuencia, nueva, surge en la Constitución reformada, a partir de 1994, con el art.75 inc.22 y 24 y las disposiciones del art.124 de la C. Nacional, en cual ha desplazado parcialmente el principio de rigidez enunciado.

Expresamente, la Constitución reformada reconoce su propia supremacía al establecer que los tratados, convenciones y concordatos aprobados y ratificados por nuestro país, tanto los citados en el art.75 inc.22- 2º párrafo -como aquellos que puedan incorporarse posteriormente con mayoría agravada, le están subordinados.

Sin perjuicio que le reconoce a los derechos y garantías establecidos en dichos instrumentos internacionales, en las condiciones de su vigencia, la misma jerarquía constitucional, establece expresamente que les está vedado modificar la primera parte de la Constitución y se entenderán, que los derechos y garantías que se reconozcan por los mencionados instrumentos internacionales constituyen un complemento de la primera parte.

Asimismo, el citado artículo expresamente manifiesta que las leyes están subordinados a los tratados, ratificando el contenido de la Convención de Viena.

A tal efecto, el punto de partida sigue siendo el art.31 de la C.N., que determina que la Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación.

De tal forma que, la reforma de 1994 reafirma que las constituciones provinciales, las leyes provinciales, las ordenanzas municipales, los decretos del P. Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal, las circulares y resoluciones del Banco Central y de los Ministerios, etc., todas deben estar de acuerdo con el contenido de la escala jerárquica del citado art.31.

La disposición citada coloca en un pie de igualdad, a priori, a la constitución, las leyes, y los tratados internacionales. Cuando las citadas disposiciones guardan armonía, ningún conflicto se produce, y en consecuencia, no es necesario investigar la supremacía de cada uno.

El debate doctrinario y jurisprudencial deviene cuando en el citado “tríptico”, existe colisión de sus normas y es necesario que las partes, y los jueces ingresen en el debate en torno a cuál, de las tres normas, se impone sobre la otra.

De tal forma que, el análisis del art.31 C.N. se debe realizar a la luz de los establecido por el citado art.75 inc.22,24 y el art.124 de la C.N. conjuntamente con los arts.27 y 28 del mismo cuerpo legal, para determinar la supremacía constitucional y que, por consiguiente, los tratados están sometidos a sus principios y las leyes, que se dictan siempre en consecuencia de la constitución, sin que puedan alterarla.

4.1.1.1.1 De la “Categorización” de los Tratados Internacionales:

La profunda transformación en el marco de la supremacía que introduce la Constitución reformada con respecto a los tratados internacionales, nos permite determinar una “categorización” de los tratados, resoluciones o convenciones internacionales.

La “categorización” y “el orden de supremacía”, justifica la necesidad de conocer la norma legislada por el convencional constituyente, las reflexiones de la doctrina y la interpretación judicial.

Con la misma jerarquía que la constitución, aunque sin la posibilidad de modificar los principios, declaraciones, derechos y garantías establecidos en la primera parte, están los

tratados y convenciones internacionales que cita expresamente el art.75 inc.22-2° párrafo-, en las condiciones de su vigencia.

Luego, en la escala jerárquica, devienen los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos que se aprueben con la mayoría agravada que impone la propia constitucional, adquiriendo la misma jerarquía que los consignados en el segundo párrafo ya citado.

En un “tercer hipotético lugar...”, los tratados, convenios y concordatos que, aprobados y ratificados por nuestro país, y que no son sobre derechos humanos, se aprueben y ratifiquen.

El art. 75 inc. 24 de la C. N. les reconoce jerarquía a los convenios de integración con países latinoamericanos y no latino americanos.

Todos los tratados citados precedentemente tienen jerarquía superior a las leyes federales.

El art.124 de la C.N. reconoce un nuevo tipo de tratados: Los tratados que las provincias suscriban con otros países, “...con conocimiento del Congreso Nacional...”. Estos tratados están en una escala inferior a las leyes federales.

Néstor Pedro Sagues en “Los tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994” (LL Boletín del 8/11/94-pag.1 y sig.), manifiesta: *“La convención Constituyente de Santa Fe escogió una clasificación harto compleja en materia de instrumentos internacionales...”*:

- Los tratados y concordatos ordinarios del art.75 inc.22 in limine. Tienen jerarquía superior a las leyes.

- Las declaraciones, convenios y tratados referentes a derechos humanos, explícitamente mencionados en el art.75 inc.22 párrf.2° bajo ciertas condiciones, tienen jerarquía constitucional.

- Los demás tratados y convenciones que se aprueben en el futuro, en materia de derechos humanos, según ciertas mayorías calificadas en el Congreso. Tienen jerarquía constitucional: art.75 inc.22 párr.3°.

- Los tratados relativos a procesos de integración latinoamericana, bajo determinados supuestos y mayorías. Cuentan con jerarquía superior a las leyes: art.75 inc.24 in limine y párr.2°.

- Tratados concernientes a procesos integrativos con países en otras áreas, con un trámite de elaboración distinto al anterior. También son superiores a las leyes: art.75 inc.24 párr.2°.

- Convenios internacionales que celebren las provincias, con conocimiento del Congreso Nacional, a tenor del art.124 se encuentran bajo la constitución, las leyes y demás normas federales...”

Bidart Campos, expresa que todos los tratados de derechos humanos reconocidos en el art 75 inc 22 y concordatos prevalecen sobre las leyes, después de la reforma.

Como excepción, los tratados y declaraciones sobre derechos humanos, tienen un régimen especial y gozan de jerarquía constitucional. Dentro de esta excepción, queda habilitada la posibilidad de que otros tratados sobre derechos humanos no comprendidos en la enumeración que hace la C.N. alcancen también aquella jerarquía.

Por su parte el derecho comunitario derivado de un tratado de integración a una organización supraestatal tiene prioridad sobre las leyes.

4.1.1.1.1.1 Sobre el llamado “Bloque de Constitucionalidad Federal.”:

La denominación “Bloque de Constitucionalidad” tuvo su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, fue adoptada posteriormente por el Tribunal Constitucional español en 1982 y luego por diversos tribunales constitucionales latinoamericanos durante la década de los noventa. Cada tribunal ha entendido por “Bloque” el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico; la diferencia entre ellos radica en el tipo de normas que incorporan dentro del Bloque. Por ejemplo: para el Conseil d’Etat el Bloque está compuesto por la Constitución, la Declaración de Derechos de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República; para el Tribunal Constitucional Español hacen parte del Bloque los estatutos de las comunidades autónomas y algunas leyes orgánicas; en Colombia se incluyen no sólo los Tratados internacionales de derechos humanos sino además las subreglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional. En Argentina, como se ha visto, hacen parte del Bloque una lista definida de Declaraciones y Tratados de derechos humanos, si cumplen estas condiciones:

- Que estén vigentes, esto es, se otorga rango constitucional a los tratados que la Constitución establece o los que el Congreso por reforma adicione, siempre y cuando hayan entrado en vigor según las normas del derecho internacional (v. gr. que hayan reunido el número de ratificaciones necesario) y se apliquen “en las condiciones de su vigencia” a nivel interno (v. gr. según las reservas y declaraciones interpretativas introducidas por Argentina al ratificar o adherirse a un tratado)(Manili,s/f) y a nivel internacional respetando la interpretación que efectúen los tribunales y organismos internacionales competentes para verificar el cumplimiento de un tratado .

- Que no deroguen artículo alguno de la primera parte de la Constitución,” lo que significa que no pueden invocarse las Declaraciones o Tratados que hacen parte del Bloque para eliminar o reducir el alcance y protección de un derecho que reconoce la Constitución”

(Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad., 1996).

-Que se interpreten como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, es decir, las Declaraciones y Tratados que hacen parte del Bloque deben interpretarse de manera extensiva frente a los derechos reconocidos en el texto constitucional, de forma que amplíen el marco de protección. Esto permite que derechos que no se encuentran explícitamente reconocidos en el texto constitucional por la vía del Bloque sean tutelables de manera directa en Argentina.

¿Subsisten en el derecho interno las normas internacionales cuyas fuentes desaparecen?

Cuando uno de los tratados enumerados en el inciso 22, ya citado, quedara internacionalmente extinguido o fuera denunciado por nuestro país conforme al derecho internacional, la fuente internacional desaparecería.

Esa modificación sobreviniente en las “condiciones de su vigencia” los eliminaría de nuestro derecho interno.

Bidart. Campos propone al respecto, la tesis de que los tratados de derechos humanos que se extinguen o denuncian, dejan subsistente su normativa en nuestro derecho interno.

Los once instrumentos que formaban parte del derecho interno desde antes de la reforma, obtuvieron jerarquía constitucional en virtud de la constitución reformada. ¿Tal jerarquía es definitiva.?

Al adquirirla el 24 de agosto de 1994, la adquirieron “en las condiciones de su vigencia”, y una de las interpretaciones mayoritarias, parece decirnos “esas condiciones de vigencia eran

las existentes a aquella fecha, con la consecuencia que el status de entonces también es inalterable para el futuro.

La extinción o denuncia de un tratado provocan su efecto en el ámbito internacional, pero *¿aparejan en nuestro derecho interno la exclusión automática de la normativa?*

Un fundamento muy importante viene en auxilio de la tesis sobre el : “ el principio de irreversibilidad de los derechos humanos”.

Los tratados de derechos humanos no incluidos en el mencionado inciso 22, que reciban indirectamente en el futuro la jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, adoptan el mismo tratamiento que los enumerados.

“El principio de irreversibilidad de los derechos humanos”:

El principio de irreversibilidad predica, que una vez que determinados derechos, se integran al sistema de derechos de un estado democrático, no es posible después darlos por inexistentes, o derogados o desaparecidos.

Así como una Escuela determinaba, que el derecho natural crece por adición, pero no disminuye por sustracción, el principio de irreversibilidad en materia de derechos humanos proclama que, añadido un “plus” de derechos al sistema de derechos de un estado democrático, no es viable sustraerlo. Por ello, Bidart Campos concluye: *“Una vez que el sistema ha engrosado la constelación de derechos mediante el agregado de derechos nuevos, o por la ampliación con contenidos nuevos de derechos viejos, el “plus” acumulado no puede desaparecer en el futuro, así desaparezca la fuente que expresamente les confirió el ingreso.*

Puede suceder que los instrumentos internacionales se puedan extinguir en jurisdicción internacional o imaginar el supuesto de denuncia.

En el derecho comparado, importantes constitucionalistas han elaborado la tesis del “estoppel”, que adopta la teoría de los actos propios, dentro del derecho internacional, *“...conforme al cual no se puede contradecir el propio acto anteriormente cumplido por ella reconocidos”*.

La constitución y los trece instrumentos dotados de jerarquía constitucional tiene un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele al otro.

El convencional le asigna a la palabra “complementarios” un sentido equivoco de accesoriedad y hasta supletoriedad que riñe con la aceptación del vocablo “complemento” y del verbo “complementar” (complemento es lo que hace falta agregar a una cosa para que quede completa).

Para Bidart Campos, a quien estoy transcribiendo, *“...ni los artículos de la primera parte de la constitución “derogan” o dejan si efecto a normas internacionales de su mismo rango ni estas perturben a aquellas, porque unas y otras, dentro del sistema de derechos, al que como fuente alimentan con igual jerarquía, forman un conjunto coherente, insusceptible de desgajar o desarticular o dividir con supuestas incompatibilidades ,oposiciones o contradicciones.....se debe interpretar sincronizando recíprocamente a tenor de dos pautas preliminares:*

- Es un sistema de derechos humanos, con dos fuentes nutrias, la interna y la internacional, cada caso concreto se debe resolver aplicando la norma que proviene de la fuente más favorable a la persona humana y sus derechos.

- Obliga a interpretar los derechos reconocidos en la constitución de conformidad con los tratados sobre derechos humanos en lo que el estado es parte.....”

La segunda reflexión interpretativa en materia de tratados recibe el aporte armónico de dos fuentes: la interna y la internacional: los derechos emergentes de la constitución (primera fuente) han de interpretarse de acuerdo con los tratados sobre derechos humanos (segunda

fuente). La “completitud” del sistema de derechos requiere abastecerse desde y con las dos fuentes: interna e internacional y hacer opción preferencial por la más favorable.

¿Cómo se resuelve, entonces, una eventual contradicción entre la Constitución formal y un derecho reconocido por algún tratado internacional, dado que ambos forman parte de la constitución?

¿Qué criterio adoptar en el marco de la doctrina y jurisprudencia, si frente a los mecanismos de consulta establecidos por el Pacto de San José de Costa Rica el superior organismo judicial no interprete de la misma forma, que nuestra Corte Suprema, la operatividad de un determinado derecho o garantía??

Todo el articulado completo de la constitución formal más los once instrumentos internacionales citados por el inc.22 componen el bloque de constitucionalidad federal, dentro del cual el conjunto integro reviste en todas sus partes un mismo nivel jerárquico, sin que haya dentro de él planos supraordinantes y planos subordinados.

4.1.1.1.1.1 Sobre el mecanismo de “denuncia” de un tratado ratificado:

La denuncia por el Poder Ejecutivo debe estar precedida por la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso.

Dicha dificultad revela que el constituyente ha puesto en el derecho interno, como paso previo a la desvinculación internacional del Estado, un requisito que en ningún caso puede obviar el Poder Ejecutivo para denunciar en sede internacional, como jefe del estado, uno o más tratados de los que, por imperio automático del mismo art.75 inc.22, gozan de rango constitucional.

El procedimiento que la constitución arbitra para la denuncia en el citado inciso 22 se recluye en nuestro derecho interno exclusivamente; ¿significa que en el ámbito internacional la denuncia se rige únicamente por las normas del derecho internacional, las generales de la

convención de Viena sobre derechos de los tratados y las que pueda contener un tratado determinado?

¿Los tratados que, sin haber recibido directamente de la constitución el mismo nivel que ella, lo adquieren posteriormente conforme al párrafo tercero del art.75 inc.22, quedan sometidos a igual procedimiento para su denuncia que el establecido en el párrafo segundo?

-Si los tratados sobre derechos humanos a los que, con posterioridad a la reforma, el Congreso quiere investir de jerarquía constitucional están sometidos a un procedimiento agravado para alcanzarla, parece que es congruente, que deben seguir, el mismo criterio, para ser denunciados.

La inmediata vigencia y consiguiente aplicación de los tratados de contenido operativo.

Hemos analizado que tanto la doctrina como los precedentes judiciales, ha reconocido que los derechos constitucionales pueden resultar operativos (auto ejecutivos) y programáticos. Los primeros son aquellos directamente ejecutables, es decir, que no requieren ni necesitan de una norma que los complemente. Los programáticos formulan una aspiración a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común.

Si no existe norma indicativa que precise el momento en que debe reglamentarse el derecho programático, podría llegar a sostenerse que ellas valen sólo como un programa de acción.

Ahora bien: ¿La omisión del Estado en dictar la norma que operativice el derecho del hombre planteado como programático, importa un acto inconstitucional por la demora?

Oswaldo Alfredo Gozaíni(1998), diagrama tres situaciones que la propia Convención de San José de Costa Rica , determina:

- El Pacto como conjunto normativo, se incorpora al Derecho interno cuando el Estado adhiere a la Convención. En este grupo incluye a organismos operativos de la Convención como la Corte y la Comisión.

- En un segundo grupo, alinea los derechos operativos, los cuales se integran al derecho interno y soportan su inmediata aplicación por vía de la presunción de ejecutoriedad que de ellos emana. La opinión consultiva con respecto a la operatividad del art.14 de la Convención sobre el derecho de rectificación o respuesta, es un ejemplo de ello.

- El tercer grupo lo integran los derechos programáticos, que necesitan de implementación local. Tanto los arts.1 y 2 de la Convención participan de este asignado

De lo expuesto podemos concluir que la constitución nacional ha ido evolucionando hasta incorporar tratados de derechos humanos en la cúspide del ordenamiento jurídico y pasar de una constitución en la que solo tenía valor el derecho interno a otra en el que incorporo y amplio la franja de derechos por ella reconocidos, lo cual ante cualquier violación de los mismos acarrearía consecuencias internacionales para el estado argentino.

4.1.1.1.1.1.1 Conclusión

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que el derecho argentino a receptado al derecho internacional de derechos humanos y lo ha ubicado en su pirámide normativa por encima de las leyes.

5 CAPITULO III

5.1 Control constitucional en la República Argentina

Si no existe control, la supremacía es un simple enunciado: el derecho existe bajo la condición de que sus prescripciones se impongan de forma tal que, si existe violación de la supremacía constitucional, el orden jurídico será resguardado si está previsto un sistema de reparación que verifique el cumplimiento efectivo de la pirámide kelseniana.

El control de la supremacía de la Constitución tiene por objeto desplazar las normas jurídicas que la contraríen a través de la declaración de inconstitucionalidad, que torna a la norma transgresora en ineficaz.

El control de constitucionalidad como medio de mantener la supremacía de la constitución, por creación pretoriana de la Corte Suprema de los Estados Unidos nació, en la célebre sentencia dictada en el caso “Marbury vs. Madison”. El fallo es extraordinario por muchos motivos. En primer lugar, porque creo un control en cabeza de la Corte Suprema, sobre los otros poderes del Estado, pero lo hizo en *Obiter Dictum*, es decir en una serie de argumentaciones que no eran esenciales para dilucidar la cuestión debatida en esa controversia.

El caso se había suscitado por una presentación directa ante la Corte Suprema norteamericana, efectuada por varios jueces designados por la administración saliente, pero cuyo nombramiento no se había hecho efectivos cuando asumieron las nuevas autoridades elegidas por votación popular. La Corte considero que, de acuerdo a la Constitución, no tenía competencia directa para proteger el derecho que, de todos modos y en la sentencia, reconoció a los peticionantes. Pero antes de resolver su incompetencia en el caso, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley de organización judicial, la que, según su propia interpretación, otorgaba a la Corte Suprema una competencia que la Constitución le negaba. La decisión del Tribunal, rechazando la acción se sostenía, pues en la falta de competencia originaria y directa

de la Corte Suprema, y no en la falta de agravio o derechos de los peticionantes que expresamente reconoció el caso.

En segundo lugar, la Corte Suprema estadounidense elaboro los fundamentos del control de constitucionalidad a partir del principio de supremacía, de las atribuciones del Poder Judicial para entender en los casos que versen sobre la constitución y de los deberes que la Corte Suprema tiene en punto a mantener aquel principio de supremacía constitucional.

En tercer lugar, el Tribunal fijo los límites de su propio poder para declarar la inconstitucionalidad de las normas en lo que denomino cuestiones políticas no judiciales, e identifico a estas de agravio concreto de un derecho personal, aunque en el caso los accionantes si tenían derechos vulnerados.

Por último, cabe señalar que la Corte Norteamericana declaro una inconstitucionalidad de oficio porque nadie le había pedido. Por cierto, lo hizo en materia de competencia, pero no para asumirla sino para declinarla...”

Es absolutamente necesario para que se cumpla el Principio de Supremacía Constitucional. Para que su vigencia quede garantizada es necesario que exista un órgano facultado a realizarlo mediante procedimientos que confronten normas, actos, disposiciones...con la Constitución. Ante la presencia de conflictos entre ellos que vulneren la Constitución podrán ser declarados inconstitucionales. Se ve claramente la interdependencia "control – supremacía". El mencionado principio concluye que las normas y los actos infractorios de la Constitución son inconstitucionales y es por eso que la doctrina de la supremacía forja de inmediato el control constitucional como mecanismo que, confrontando normas y actos con la Constitución, verifica si están o no de acuerdo con ella y en caso de no estarlo los declara inconstitucionales. Poco vale el principio si no se planifica una magistratura constitucional que opere como órgano de control y procesos constitucionales para que se haga

efectiva la superioridad de la Constitución que haya sido infringida por normas y actos de los poderes constituidos.

5.1.1 Diversos sistemas de control

- **Control Político. Francia:** En 1946 se creó un organismo especial, un Comité Constitucional con atribuciones muy restringidas y presidido por el Pte. De la República. En la Constitución de 1958 el organismo evoluciona y se desarrolla. Toma el nombre de Consejo Constitucional que por su independencia del Ejecutivo y del Legislativo constituye una auténtica corte constitucional. El jefe de Estado designa al Pte. del Consejo. Sus atribuciones están definidas, sus decisiones no pueden ser apeladas. El procedimiento de control distingue entre leyes orgánicas y leyes ordinarias. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación y los reglamentos, antes de su aplicación, se someten automáticamente al Consejo Constitucional que se pronunciará previamente sobre su conformidad con la Constitución. Con la misma finalidad, las leyes orgánicas pueden remitirse al Consejo, antes de su promulgación, pero no llegan automáticamente, sino que necesita del impulso del Pte. de la Rep., el Primer Ministro o el Pte. de las asambleas. No puede ser impulsado por particulares. La ventaja del control político francés: Que es un control preventivo que se realiza luego de la sanción de las leyes y antes de ser promulgadas. La desventaja es la poca posibilidad de los particulares de impulsar el control para defender sus derechos que pasan a depender de los intereses de los funcionarios políticos facultados a realizar el impulso.

.- **Control Mixto. Suiza:** La más alta autoridad de Suiza es el Tribunal Federal. Se plantean diferentes sistemas de constitucionalidad. Surgen dos tipos de control. El político: La constitución de Suiza establece que el mencionado Tribunal tiene la obligación de aplicar leyes y decretos sancionados y aceptar tratados ratificados por la Asamblea Nacional (parlamento). Sus jueces carecen de competencias para revisarlos, para verificar su constitucionalidad. La misma Constitución establece que es la voluntad del pueblo, que elige a la Legislatura federal

la que se coloca por encima de la constitucionalidad ejerciendo la facultad de derogar las normas federales a través de las votaciones populares. Sistema Judicial: El Tribunal Federal puede examinar y realizar control de constitucionalidad de la legislación cuando surjan conflictos de competencia entre autoridades cantonales (locales) y federales y en desavenencias entre cantones en el ámbito del derecho público, en reclamos por violación de derechos constitucionales de los ciudadanos y violación de tratados y concordatos reclamados por los particulares. El sistema es "mixto" dado que consagra el control político de normas federales y el judicial para la legislación cantonal-.

5.1.2 **Control Judicial:** Surge de dos vertientes: la europea –sistema concentrado- y la americana –sistema difuso-.

5.1.2.1 **Control judicial concentrado. España:** *Se crea un órgano especial con funciones específicas relativas al estudio de temas constitucionales. La competencia del Tribunal Constitucional de España es conocer en recursos contra leyes y disposiciones normativas, amparos por violación de derechos humanos, conflictos de competencia entre el Estado y las Constituciones Autónomas. Los legitimados para impulsar el control son:*

a) Vía Directa: Pte. del Gob., Defensor del pueblo, senadores, órganos colegiados de las Comunidades Autónomas. Puede interponer recurso de amparo: toda persona con un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

b) Vía Indirecta: la cuestión puede ser planteada ante el Tribunal Constitucional por el órgano judicial durante el proceso cuando se tenga que aplicar una ley que puede ser contraria a la Constitución. Las sentencias que declaran inconstitucionalidades tienen plenos efectos erga omnes-.

Control Judicial Difuso. República Argentina: La supremacía constitucional quedó reconocida y consagrada en la Constitución americana de 1787 pero no sucedió lo mismo con

el "control de constitucionalidad". Aunque no se incorporó expresamente que el Poder Judicial iba a realizar el control los convencionales reunidos en Filadelfia se inclinaban a otorgarle a dicho poder la mencionada facultad. En 1803, pretorianamente y a través del fallo "Marbury vs. Madison" se resolvió que la función de control la efectuaría el Poder Judicial.

Los constituyentes que sancionaron la Constitución argentina tomaron como modelo de control el adoptado por la Constitución de EE.UU., adoptando implícitamente el control difuso. El art. 116 establece que: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación y por los tratados con las Naciones extranjeras". De modo que nuestro país adoptó el sistema de control de constitucionalidad de tipo judicial "difuso" basado en que todos los jueces ejercen la potestad de interpretar la Constitución y en que pueden dejar de aplicar una norma en el caso concreto cuando la reputen contraria a la Carta Magna. Es deber de la judicatura cumplir su papel tutelar de la supremacía constitucional.

El principio no está contemplado taxativamente en la Constitución, sino que emana de ciertas cláusulas: Arts. 31, 30, 116, que se sustentan en el siguiente basamento legal:

*Ley 128 de la Confederación Argentina (año 1858) que estableció que el principal objeto de la justicia federal es mantener en vigor y observancia la CN. en los casos contenciosos, interpretando con ellos las leyes uniformemente, aplicándolas conforme a la Constitución."

*Ley 27 (año 1862): reafirma la función tutelar de la judicatura respecto de la CN. al establecer uno de los objetos (de la justicia nacional) es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella.

5.1.2.1.1.1 Caracteres. Requisitos y alcances.

El control judicial de constitucionalidad en el orden federal presenta los siguientes caracteres:

- **Control difuso:** En nuestro país no existe un "fuero constitucional" especializado. Este control no está monopolizado por un sector de la judicatura sino que lo ejerce el Poder Judicial, todos los jueces, en el ámbito nacional o provincial. La Corte ha señalado que "todos los jueces, de cualquier categoría y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda".

.- **Por vía de excepción:** Esto es así según la tradicional doctrina de la Corte Suprema que sienta esa regla. El control se efectúa entonces con ocasión de un juicio contencioso, no cabe formular declaraciones abstractas de inconstitucionalidad. Reiteradamente la Corte ha establecido que la revisión judicial solo procede respecto de verdaderas causas judiciales, de controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos. No existiría una "real causa" si se persigue una "declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes". Los argumentos que sirven de base para esta doctrina son:

a) El Art. 2º de la ley 27 que establece que la Justicia Nacional "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida y a instancia de parte".

b) El principio de división de poderes, en virtud del cual no se puede invalidar genéricamente leyes objetadas ante los estrados judiciales.

c) La presunción de validez que se le debe reconocer a los actos de las autoridades constituidas y a las leyes dictadas por el Congreso Nacional.

Actualmente, la Corte admite el ejercicio del control por vía de acción, a través de: acción meramente declarativa, acción de amparo, habeas corpus y la demanda incidental. A partir de 1983, con la finalización del último gobierno de facto se aceptó la acción declarativa prevista en el Art.322 CPCCN, procediendo la declaración de inconstitucionalidad cuando la misma corresponda a un "caso" en el que el titular de un interés jurídico "concreto" busque "fijar la modalidad de la relación jurídica". Debe existir; controversia entre partes, interés concreto y actual y perjuicio consecuencia de esa falta de certeza.

La reforma de 1994 posibilitó el control de constitucionalidad en la "acción de amparo", que establece: "en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto y omisión lesiva". No existe en el orden federal "control abstracto" de inconstitucionalidad. El "control concreto" se hace efectivo por los siguientes conductos procesales: por vía de acción –acción declarativa de inconstitucionalidad; la demanda incidental; la acción de amparo y el habeas corpus – y por vía de excepción, en los casos contenciosos donde el demandado persiga la no aplicación de una norma que estima inconstitucional, y ha sido invocada por el actor.

.- **A pedido de parte:** Según la postura tradicional los sujetos habilitados para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma o acto son aquellos que se sienten agraviados, que tienen un "interés legítimo". La acción de habeas corpus puede ser deducida por la persona detenida o por cualquiera en su favor La introducción de la figura del amparo colectivo en el art. 43 de la CN. Implica apertura de los sujetos legitimados para impulsar el control de constitucionalidad en lo relativo a la defensa de los "intereses difusos".

.- **Es parcial o restringido:** dado que no todas las normas ni todos los actos gubernativos son susceptibles de control. La exclusión se refiere a "las cuestiones políticas" y "facultades privativas o reservadas" que se encuentran exentas de control.

- **Efecto relativo, Inter.-partes:** El juez no deroga la norma declarada inconstitucional, solamente la deja de aplicar en el caso concreto. Dicha norma únicamente puede ser derogada por el órgano que la dictó, el Poder Judicial se limita a no efectivizarla en el caso concreto de modo que la sentencia produce efectos relativos. De este modo el sistema tiende a preservar la división de poderes.

.El control constitucional de oficio y el iura novit curia como instrumento de tutela eficaz de la Supremacía Constitucional. Las opiniones doctrinarias relativas al control constitucional de oficio. La existencia de un “CASE” o caso como requisito previo a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Cuando se habla de ejercer el control de constitucionalidad de oficio por parte de los magistrados, no se refiere a la posibilidad de que un juez, por la sola circunstancia de que haya tomado conocimiento de la existencia de una norma presuntamente contraria a la Constitución Nacional, quede habilitado para declarar la invalidez de la misma en ausencia de un proceso real.

En este contexto, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que tal actividad jurisdiccional le está vedada, ya que, en definitiva, no se admite la declaración de inconstitucionalidad de una norma que se repugna contraria a la constitución, en forma abstracta, es decir, sin la existencia previa a la sustanciación de un caso o juicio sometido a la administración de justicia.

En esto orden de ideas, entiendo que para que haya juicio, a los efectos de que el juzgador quede habilitado para dicho acto jurisdiccional de contralor, no debe ser indispensable la existencia de un caso “contencioso o contradictorio” en el sentido más amplio de controversia ocurrido entre las partes que respectivamente afirman y contradicen sus pretensiones, como lo es para la procedencia del fuero federal (Ver ley nº 27, Art. 2º). Ello es así, ya que

independientemente de la naturaleza que revista el caso sometido a conocimiento de la justicia - ya sea de los llamados contradictorios, voluntarios, u otro tipo de proceso ello no invalida a de la constitución, aspecto que habilitaría, por regla, al estudio de la norma contrastándola con las Constitución Nacional y con los Instrumentos Internacionales de igual rango. Pero para que esta actividad ocurra, debe quedar abierta la instancia del Poder Judicial con la existencia indubitable de un caso o proceso, o en los propios términos señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación – de ahora en más C.S.J.N. - cuando dice: “Es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución” .De ello se desprende que, de no darse tal supuesto previo –reitero una causa concreta - a tal actividad jurisdiccional de contralor, se encontraría comprometida seriamente la división de poderes en el que descansa nuestro sistema de gobierno. que la cuestión de derecho sustentada en la pretensión por la parte interesada importe, en sustancia, contener una norma que sea presuntamente violatoria.

5.1.2.1.1.1.1 *La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

Bianchi (1992) señala tres períodos en torno a los pronunciamientos de la Corte relativo al ejercicio del control constitucional de oficio o a pedido de parte. Uno va desde la creación del Máximo Tribunal hasta 1941; otro desde 1941 hasta 1984; y una tercera etapa que va desde 1984 hasta el presente.

En el primer período, cabe señalar que la C.S.J.N. no sostuvo una tesis precisa o clara respecto a la cuestión, aunque existen algunos fallos que indican una tendencia a favorecer el control de oficio guiado por un criterio pragmático parecido al que ha mantenido la Corte norteamericana en la materia. Entre dichos fallos encontramos a los precedentes: “Caffarena c/ Banco Argentino del rosario de Santa Fe”. Allí se admitió expresamente que está en la esencia del orden constitucional, que los Tribunales tengan, no solo la facultad, sino la obligación, de

anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional. Con posterioridad en autos caratulados “Casares c/ Sivori”, la Corte confirmó un fallo en donde sin requerimiento de parte, el magistrado había ejercido el control de constitucionalidad de oficio, circunstancia ésta, que debe entenderse como respuesta afirmativa a ejercer dicho control. Conforme lo resuelto en “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” el Tribunal ejerció el control constitucional pese a que la demandada no lo había solicitado formalmente, quién se había limitado a efectuar una interpretación de la ley expropiatoria distinta a la sostenido por la actora expropiante. Es más, allí la C.S.J.N. dijo: “ es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a sus decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. Tal atribución, que es, por otra parte, un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyentes y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada de éste último...” y con el mismo razonamiento sigue diciendo que “ Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que este en oposición con ella, y la segunda, que: Los Tribunales y los Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, como ley suprema de la Nación, la leyes que hayan sancionado o sancionare el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias , las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes.....en el orden que va establecido” Ahora bien, también existen precedentes en sentido contrario, como ser el caso “Cabezas, García y Cia. de Tucumán” -en el que se encontraba

controvertido la repetición de un impuesto provincial- el Tribunal Superior sostuvo: “los tribunales no tienen poder con iniciativa propia para revisar e invalidar leyes del Congreso sobre la base de ser ellas inconstitucionales” .

En el segundo período que va desde 1941 hasta 1984, la C.S.J.N., conforme dimana que numerosos fallos, estableció un principio basal fincado en que, por regla, el control de constitucionalidad no puede ser ejercido de oficio, y por excepción, sólo lo admite cuando se encuentra comprometida la independencia o resulte necesario preservar la integridad del Poder Judicial.

Ahora bien, dicho principio basal -como regla- apareció con el precedente “Ganadera Los Lagos c/ Gobierno Nacional”. En dicha oportunidad, en el que el Máximo Tribunal analizó el alcance de un acto administrativo nulo, entendió “que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de poder, la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del poder judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional”...agregando y reforzando a su tesis argumental la autoridad de Cooley, señaló que: “es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Solo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegitimidad. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución Nacional se habría roto por la absorción del poder judicial en desmedro de los otros dos”. Dicha doctrina fue reiterada en numerosos fallos, aunque, como señalé anteriormente, existieron excepciones a dicho principio, como ser en la causa “Acosta” en donde el máximo órgano de Justicia admitió el

pedido de declaración de inconstitucionalidad interpuesto tardíamente. Pero la mayoría de las excepciones en que autorizaba el mencionado control, lo fue – reitero - fincado en defensa de su propia competencia o cuando ha visto comprometida la integridad, independencia o buen manejo del Poder Judicial.

En cuanto al último período, que va desde 1984 hasta el presente, la tesis prohibitiva del control de oficio se mantuvo, pero con disidencias de los Dres.: Carlos S. Fayt y Augusto Belluscio, al que luego se sumará el juez Antonio Boggiano , votos que aquí resultan sustanciales para comprender cómo desde allí en adelante la jurisprudencia ha sido poco pacífica y que tuvo sus frutos recién en el caso “Mil de Pereyra”, aunque con posiciones claramente divididas, hasta llegar al voto mayoritario de la actual composición de la Corte en sentido favorable al control de constitucionalidad de oficio, en autos “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”.

La disidencia de los magistrados Fayt y Belluscio ocurrió que el “Juzgado de Instrucción Militar Nº 50 de Rosario”- por sus votos y luego de discrepar con los fundamentos expuestos por la mayoría en “Ganadera Los Lagos”, sostuvieron que “es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de la leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente –trasuntando el antiguo adagio *iura novit curia* – incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas , la de mayor rango, vale decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior” al que además, agregan que “De dicha disposición

constitucional deriva la facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes”.

Agregaron, además, que “no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y si cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debiese también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso”.

Tal disidencia fue mantenida por ambos magistrados en “Tumini”. A su turno en “Peyrú”, el voto de la mayoría se inclinó por la tesis negativa del control de constitucionalidad aferrada a un rigorismo formal y aun cuando en reiteradas oportunidades el mismo Tribunal había declarado que la norma en cuestión, art. 10 de la ley 21.898 – era violatoria de la Ley Fundamental. Empero, en esta causa también contó nuevamente con la disidencia de los Dres. Belluscio y Fayt; y el voto mayoritario lo fue con los mismos fundamentos contenidos en “Ganadera Los Lagos” al que cabe agregar a dicho decisorio lo sostenido aquí por el Dr. Fayt – una vez más a favor del control de oficio- en cuanto sostiene que “lo erróneo es suponer que esta exigencia de un caso judicial concreto debe limitar la facultad de los jueces de hallar para las causas sometidas a su conocimiento el encuadre normativo correcto al margen de los argumentos de las partes. Tal facultad, generalmente reconocida bajo la expresión *iura novit*

curia, no cabe que se limite cuando está en juego nada menos que la norma más alta del sistema, la Constitución Nacional”.

Con posterioridad a estos precedentes, la Corte no ha variado su postura, aunque cabe aclarar que a la postura minoritaria de los mencionados magistrados se le sumó el voto del juez Antonio Boggiano, cuya opinión se encuentra reflejada en su disidencia de Fallos: 321:993, 1003, 1058 y 1063/4. Y la disidencia de los tres magistrados a favor del control de constitucionalidad de oficio queda materializada en Fallos: 323:1421 y 1432.

Finalmente, en el precedente “Mil de Pereyra c/ Provincia de Corrientes” los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano y Vázquez favorecen el control de oficio y los magistrados López como Bossert, aprueban la tesis positiva de control, pero sujeto a una condición: que se haya resguardado suficientemente el derecho de defensa en juicio de la parte que se viera afectada por dicha actividad jurisdiccional de control. Y por la negativa y sosteniendo los fundamentos expuestos por la mayoría en Ganadera Los Lagos, se pronunciaron los Dres.: Nazareno, Moliné O’ Connor y Petracchi. A ello, cabe agregar que por el voto de la mayoría en la composición actual de la C.S.J.N., y recientemente, en la causa “Banco Comercial de Finanzas S.A.” Ratificaron la disidencia de los Dres. Fayt y Belluscio sentada en Fallos: 306: 303, considerando 4º ya referida supra, por lo que en la actualidad ya no cabe duda alguna que, en el marco del control de constitucional difuso que rige en nuestro sistema de derecho, los jueces se encuentran facultados para proceder a dicho acto jurisdiccional de naturaleza compleja y delicada, cual es declarar la invalidez de una norma, en un caso sometido a su decisión, en el orden a que la misma resulte contraria a la norma superior, la Constitución Nacional.

5.1.2.1.1.1.1 Conclusión

El control de constitucionalidad en Argentina es difuso y cualquier juez de cualquier instancia puede declarar la inconstitucionalidad de la norma de oficio.

6 CONCLUSION

Podemos concluir de lo anteriormente expuesto que, si bien hay diferentes teorías respecto del inicio de la vida, sin ninguna pretensión de unificarlas, redundan en que existe persona humana como mínimo después de cuarenta días desde la fecundación, por lo tanto, esta apreciación resulta relevante a los fines de considerar lo receptado en el art 4 de la ley 27610 que acepta una interrupción irrestricta del embarazo hasta la semana 14 (98 días). Por otro lado, podemos apreciar que nuestro ordenamiento recepta como momento de inicio de la existencia humana el momento de la concepción y entendiendo este momento no como un instante sino como un proceso, es el referido a la fecundación, vale decir a la unión de los gametos masculinos y femeninos del cual resulta el embrión.

La CSJN de manera reiterada ha afirmado: “que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional”.

En esta misma tesitura se ha expedido sosteniendo “que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. (Ossola, s/f.)

El derecho es una herramienta creada por el ser humano, para disciplinar su convivencia en sociedad, lo que lo pone al servicio de los humanos y no a la inversa como se propicia desde los sectores abortistas los que, bajo la apariencia de legalidad, pretenden convencernos que el derecho a la vida del niño/a por nacer, primer y fundamental derecho del hombre, puede ceder ante otros derechos también considerados fundamentales desde su particular visión del tema. Tanto es así que sin vida no hay derechos ni libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la gama de potestades que la ley positiva le reconoce al individuo. En realidad, sin vida no hay ser

humano, por lo que ella más que un derecho constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia, ¡estar vivo!

El primer interrogante que nos podemos formular cuando leemos que el aborto se puede realizar hasta la semana 14 es ¿Por qué la semana 14 y no antes? Resulta ser que con un simple análisis en la semana 14 podemos saber ya el sexo del embrión, o sea siguiendo el frío texto de la ley, tranquilamente se podría elegir el sexo del nasciturus, con este criterio cualquier persona podría realizarse infinitos abortos hasta obtener el sexo deseado.

El aborto ha sido y es considerado negativamente por las distintas culturas y sociedades, aunque de manera y en grados diferentes. La ley penal debe proteger valores que la sociedad considere fundamentales, pero estos valores fundamentales deben tener entidad suficiente para reclamar la protección de la ley cuyo objetivo principal debe ser primordialmente didáctico o disuasivo. Para el caso de investigación el bien jurídico protegido es la vida, pero no cualquier vida, sino una muy “especial”, que es la de la persona humana más débil, indefensa y dependiente, la de la persona por nacer.

El derecho a la vida es inalienable e indisponible, es el primer derecho humano, base y condición para todos los demás. Es una síntesis de todos los derechos humanos, sin él todos los demás derechos que se le reconocen a la persona humana perderían sentido. Sin embargo, ningún derecho es absoluto y aún el derecho a la vida cede ante circunstancias serias y graves como el estado de necesidad o la legítima defensa y, para el caso particular bajo análisis, frente a los abortos que la ley declaraba no punibles, Art 86 CP. 2da parte rezaba:

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

– 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;

– 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.”

Se trata de causas de justificación que la ley había previsto y excluía la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica, de índole penal o no penal, para el autor.

El prestigioso ex miembro de la CSJN Dr. Eugenio Zaffaroni define a estas causas de justificación como “aquéllas que excluyen la antijuricidad del hecho sin suprimir la antijuricidad existente, sino que la cancelan ab initio impidiendo que el hecho sea antijurídico. Son preceptos permisivos que reconocen la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo cuando el agente actúa dentro de su órbita de legítima libertad.”(Zaffaroni ,2006)

La cuestión que se plantea es ¿puede la ley elegir o decidir qué vida es más importante?, ¿se puede medir la valía de una vida para decir que es mejor o peor que otra?, o expresado por el sentido contrario ¿es mejor la muerte de una persona que la muerte de otra?

La Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires en una nota publicada en los diarios La Nación y Clarín con fecha 4/08/1994 ha expresado su postura con respecto a estos interrogantes: “Estando en juego dos vidas , hay una dignidad sustancialmente idéntica en ambas que impide toda comparación en términos accidentales o subjetivos por lo que la única actitud posible es cuidar ambas vidas en la medida de lo posible...pues la única misión de cualquier médico es proteger y promover la vida humana, nunca destruirla...”

Ahora bien, todo ser humano tiene derecho a que se le respete y garantice su derecho de vivir, que para el caso del nasciturus se traduce en su derecho de nacer. Como ya se analizó, éste es un derecho reconocido explícitamente en los Tratados internacionales de

derechos humano incorporados en nuestra constitución con jerarquía superior a las leyes, por lo tanto, un derecho constitucional.

El art 4 de la ley 27610 implica una grave falencia a los compromisos internacionales asumidos, y un debilitamiento de la juridicidad de todo el orden jurídico nacional.

Quien esté en desacuerdo con tal normativa, debería denunciar las convenciones americanas sobre Derechos Humanos, convención sobre los Derechos del Niño y propiciar la reforma constitucional modificando el alcance de este artículo, así como también la esencia personalista de la Ley Fundamental. Pero, mientras ello no acontezca, y tal como ocurre en un Estado de Derecho, la ley nos impone el deber de defender el derecho a vivir del niño desde que comienza su existencia, o sea desde la concepción.

Por ello y por todo lo anteriormente expuesto el art 4 de la ley 27610 es inconstitucional.

7 . Propuesta superadora

Propongo como medida principal derogar el art 4 de la ley 27610 porque hay que dejar claro que el aborto se debe usar en casos extremos y perfectamente delimitados por la legislación, nunca la muerte de otro ser humano tiene que ser considerado un derecho.

Lo que el Estado debería hacer, en mi opinión, es brindar asistencia en los momentos difíciles a las madres, evitando que lleguen a cometer tal acto como consecuencia de su vulnerabilidad, brindando apoyo económico y psicológico a aquellas mujeres que se encuentren en situación de desamparo a los fines de transitar el embarazo de la mejor manera posible. En los casos en que la madre no desee seguir con la crianza del nasciturus una vez que da a luz, el Estado debería crear un organismo de asistencia para personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y dar en adopción al recién nacido.

Efectivamente, la asistencia psicológica y financiera a la madre por parir es fundamental. La misma debería ser por un periodo no superior a 12 meses posteriores al parto y se le debería brindar herramientas para evitar los embarazos no deseados como así también para la planificación familiar.

Incluir la materia sexualidad y planificación familiar en los niveles primarios y secundarios de la educación es una prioridad. La incorporación de estos saberes debería ser acorde al nivel de desarrollo del individuo y a los fines de lograr un conocimiento integral del tema, para poder lograr a futuro una sociedad más madura y con mayor capacidad de poder planificar y vivir su sexualidad a pleno y de esta manera evitar los embarazos no deseados.

Otra cuestión a tener en cuenta es la aplicación de los protocolos correspondientes para los casos de excepción previstos en el código penal para evitar la judicialización innecesaria.

Por ejemplo, si el aborto se ha hecho a fin de evitar un peligro para la vida y la salud de la madre.

Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre la mujer idiota o demente.

Y para los casos en que la ciencia médica determine que el embarazo no es viable o que no llegara a su fin.

Con respecto a las personas vulnerables, el Estado debería implementar políticas públicas, crear fuentes de trabajo para mejorar su nivel de vida y hacer que su existencia sea cada vez más digna.

Es necesario tomar medidas de orden familiar, escolar, hospitalario y social para favorecer la protección de la vida. Se requiere un compromiso del Estado, pero también de la sociedad entera, para que esta situación cambie, sin que para ello tenga que acudir a eliminar seres humanos

8 Referencias

Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor (AMTA) y otro. s/ Recurso de Hecho (24 de Octubre de 1989) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cap.Fed, Ciudad Autónoma de BsAs.

American Journal of Obstetrics and Gynaecology, N° 161 (1989). <www.notivida.com.ar>

Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar, del voto de los ministros Barra y Fayt (6 de abril 1993) ,Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cap.Fed, Ciudad Autónoma de BsAs.

Bernard Nathanson(1981); Autobiografía, “El Rey del Aborto” <www.notivida.com>

Bidart Campos, Germán (2004)."Tratado elemental de derecho constitucional". Tomo II- B Editorial EDIAR.

British Journal of Cancer N° 59, (1989). <www.notivida.com.ar>

British Journal of Gynaecology and Obstetrics,(1987). <www.notivida.com.ar>

Canadian Medical Association Journal, (Junio 1980). <www.notivida.com.ar>

Carmen Gómez Lavín,(1994) “Consecuencias Psicopatológicas del Aborto en la Mujer”.
<www.notivida.com.ar>

Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad. (27de diciembre 1996) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cap.Fed, Ciudad Autónoma de BsAs

CSJN 310:1410

CSJN en el Caso F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente 259/2010, tomo 46, letra F, sentencia del (13 de marzo 2012).

Declaración sobre el aborto provocado, Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, Plenario Académica aprobado en sesión privada del (28 de julio 1994).

Diccionario de la Real Academia de Lenguas Españolas 23 Edición

Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo. (1 de Diciembre de 1988 F. 311:2497) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cap.Fed, Ciudad Autónoma de BsAs

Emekdjian c/Sofovich" (LL 1992 – C – 540 y ED T 148-338). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cap.Fed, Ciudad Autónoma de BsAs

Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339; LA LEY, (1981-A, 401; 1987-B, 311)

Gelli, María Angélica(2001), "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", Ed. LA LEY.

Gil Domínguez, A. (2000). Aborto Voluntario, vida humana y constitución. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Gil Domínguez, Andrés(1998), "Aborto Voluntario. La constitucionalización de la pobreza".

Hitters, Juan (2009)"Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", en *Estudios Constitucionales*, año7, N° 2.

Human Reproduction 2nd Ed.Grimes and Cates, (1986). <www.notivida.com.ar>

Marshall, John, en el caso "Marbury v. Madison"(1803), SC Estados Unidos, La Ley "Suplementos Universitarios".

Merck química Argentina (9 de Junio de 1948 Fallo .211:193) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cap.Fed, Ciudad Autónoma de BsAs

Obstetrics and Gynaecology N° 65, (1985). <www.notivida.com.ar>

Ossola, Alejandro, Abogado. Ex Camarista. Especialista en Derecho de Familia, Comentarios sobre Resoluciones Jurisdiccionales relacionadas con el Aborto. LA LEY 20006-F, 145.

Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, (5/3/2002 Fallos 325:292). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cap.Fed, Ciudad Autónoma de BsAs

Rabinovich Ricardo (3 diciembre de 1999). Cámara Nacional Civil Sala I, LL 2001 C 824

Rachel M. MacNair Psicóloga y Socióloga Americana.< www.rachelmacnair.com>

SAGUIR Y DIB, CLAUDIA GRACIELA (06/11/1980 - Fallos: 302:1284) Salud, Vida, Trasplante, Familia. DERECHO A LA SALUD.< <http://www.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>>

San Martin y Cía. SA (6 de Septiembre de 1963 F. 257:99) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cap.Fed, Ciudad Autónoma de BsAs

The Lancet, (1983). <www.notivida.com.ar>

Ugarte Godoy, José Joaquín,(2004) Ensayo: “Momento en que el Embrión es Persona Humana”. <www.cepchile.cl>

Voto del Dr Ferrer Mc Gregor(26 de noviembre 2010) en “CIDH Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México”.

Votta, Roberto-Parada, Osvaldo (1998) “Compendio de Obstetricia”, Buenos Aires:López Libreros Editores

<www.abortoinformacionmedica.es>

9 Bibliografía

Bianchi, Alberto B. (1992). "El control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucional". Editorial ABACO.

Bidart Campos Germán J. 1999. "Manual de la Constitución Argentina", Editorial EDIAR.

Bidart Campos, Germán (1995) "El derecho de la constitución y su fuerza normativa". Editorial EDIAR.

Bidart Campos, Germán (2004). "Tratado elemental de derecho constitucional". Tomo II- B Editorial EDIAR.

Bidart Campos, German J. (2016). Compendio de Derecho Constitucional. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Cabero Rura, L... [et. al.]. - (2006). Tratado de ginecología, obstetricia y medicina de la reproducción. Buenos Aires, Argentina: Médica Panamericana.

Código Civil y Comercial Argentino. (2020). Ediciones del País.

Código Penal de la Nación, (2021) ley 11.179.editorial Erreius

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (1969), Pacto de San José de Costa Rica: Art. 4, 5, 19 y 24.

Convención de Viena (1969) Naciones Unidas

Convención sobre los Derechos del Niño ,(1989), Nueva York

Creus, Carlos (1997) "Derecho Penal. Parte Especial". Astrea Bs.As.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948), Bogotá.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948), ONU

Figari, R E. y Bailone, M. (2006). El aborto y la cuestión Penal. Córdoba, Argentina: Editorial Mediterránea

Kelsen, Hans (1934). "Teoría pura del derecho. Introducción a la Ciencia Jurídica". Editorial EUDEBA.

Langman, JanSadler, T.W,(2019) "Tratados de Embriología Ed.14º",ed.Wolters Kluwer

Ley 26.529.(2009) Ley de Salud Pública. <www.servicios.infoleg.gob.ar>

ley 27610.(2021) Acceso a la Interrupción Voluntaria del embarazo.<www.servicios.infoleg.gob.ar>

Ley. 23.849, (1990)Aprobación Convención de los Derechos del Niño.
<www.servicios.infoleg.gob.ar>

Mujeres contra el Aborto, nueva plataforma en defensa de la Vida. HAZTEOIR la web del ciudadano activo.

Núñez Ricardo c, (1999) "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 2da Edición, Marcos Lerner, Editora Córdoba.

Requena López, Tomas (2004)" El principio de Jerarquía Normativa. ed civitas. España

Núñez Ricardo c, (1999) "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 2da Edición, Marcos Lerner, Editora Córdoba.

Sagúes, Néstor Pedro (2003) ."Elementos de Derecho Constitucional". Editorial ASTREA.

Sánchez Carlos (2019) "Normas APA-7ma edición .< www.normas-apa.org>

Terrile Ricardo. (2009) Constitución Nacional Argentina y la legislación dictada en su consecuencia. UNR Editora

Zaffaroni Raúl Eugenio (2006), Manual de Derecho Penal. ed.Ediar

Índice

1	Marco teórico.....	6
1.1	Definición de la Concepción.....	6
1.1.1	Definición de Aborto	7
2	INTRODUCCION.....	22
3	Capítulo I.....	25
3.1	Introducción	25
3.1.1	Teorías respecto del inicio de la vida.....	25
4	Capítulo 2.....	35
4.1	LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	35
4.1.1	LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL HASTA 1994.....	35
5	CAPITULO III	51
5.1	Control constitucional en la República Argentina.....	51
5.1.1	Diversos sistemas de control	53
5.1.2	Control Judicial: Surge de dos vertientes: la europea –sistema concentrado- y la americana –sistema difuso-.....	54
6	CONCLUSION.....	65
7	. Propuesta superadora.....	69
8	Referencias.....	71
9	Bibliografía	74