

**CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD  
DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL EMBRIÓN**  
*Constitutionality and Conventionality of the  
Human Rights of the embryo*

Luis H. Olaguibe<sup>1</sup>

Recibido: 16 de abril de 2018

Aprobado: 3 de mayo de 2018

**Resumen:** El presente artículo reflexiona sobre el impacto y la posibilidad de innovar en la protección legal vigente del derecho a la vida del niño por nacer en conformidad con los compromisos internacionales asumidos a través de los Tratados de Derechos Humanos.

Pretendemos analizar cuál es el margen de apreciación que tiene nuestro país para no incurrir en contradicciones internas ni provocar el reproche internacional, lo que implica armonizar el control de constitucionalidad con el de convencionalidad sin desconocer los Derechos Humanos del embrión en cuanto niño por nacer, a la luz de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, contenida en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Su fundamento lo encontramos en la incorporación de la Convención con jerarquía constitucional en las “condiciones de su vigencia”, lo que significa que nuestro país se ha comprometido ante la comunidad internacional a respetar los derechos del niño desde la concepción y hasta los dieciocho años por la declaración interpretativa de la Ley N° 23.849. De allí deducimos su virtualidad derogatoria de toda norma inferior que la contradiga y la necesidad de contar con las dos terceras partes del Congreso Nacional para una futura modificación.

1 Doctor en Derecho. Docente Investigador de la UCSF. Realizó su Tesis doctoral sobre el “Estatuto Jurídico del embrión humano a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño” en 2016. Correo: olaguibe@gmail.com

**Palabras claves:** Embrión - Niño - Tratados de Derechos Humanos - Constitucionalidad - Convencionalidad - Condiciones de vigencia.

**Abstract:** This article reflects on the impact and the possibility of innovating in the current legal protection of the right to live that the unborn child has, in accordance with the international commitments assumed through the Human Rights Treaties. We analyze which is the margin of appreciation that our country has to avoid incurring internal contradictions or provoke international reproach, which implies harmonizing the control of constitutionality with conventionality without ignoring the human rights of the embryo as a child to be born, in the light of the application of the Convention on the Rights of the Child, that is included in article 75, section 22 of the National Constitution. Its foundation is found in the incorporation of the Convention with a constitutional hierarchy in the “conditions of its validity”. That means that our country has committed itself to the international community to respect the rights of the child from conception until the age of eighteen, according to the interpretative declaration of Law N° 23.849. From there we deduce the capacity the Convention has to repeal any inferior norm that contradicts it and the need to have two thirds of the National Congress for future modification.

**Keywords:** Embryo - Child - Human Rights Treaties - Constitutionality - Conventionality - Conditions of validity.

Para citar este texto:

Olaguibe, Luis H. (2018). “Constitucionalidad y convencionalidad de los Derechos Humanos del embrión”, *Prudentia Iuris*, N° 85, pp. 109-120.

Frente a las voces que sostienen que nuestro país está obligado a dictar normas que legalicen el aborto voluntario por aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, afirmamos que es precisamente nuestro bloque de constitucionalidad reforzada el que no lo permite, o en todo caso, no sin antes introducirle significativas modificaciones.

Tanto es así que la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ha emitido una declaración<sup>2</sup>, manifestando –entre otras cosas– que las iniciativas del Congreso de la Nación deben respetar el derecho a la vida desde el momento de la concepción, el cual está protegido por la Constitu-

2 Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 20-3-2018. Disponible en <http://academiaderecho.org/declaraciones.php>.

ción Nacional y consagrado explícitamente por varias constituciones provinciales<sup>3</sup>, destacando la inconstitucionalidad de los proyectos de aborto no punible que en su contenido propicien el “desamparo” del niño y de la madre.

Sin embargo, cuesta entender las reiteradas<sup>4</sup> Observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, tales como las efectuadas al quinto informe periódico de la Argentina y que fueran aprobadas en su 117 período de sesiones del 20 de junio al 15 de julio de 2016, en la que encontramos frases del siguiente tenor: “El Comité nota con satisfacción la decisión de la Corte Suprema de Justicia (caso ‘F.A.L. s/ medida autosatisfactiva’, 2012) en que se reafirmó el derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos en todas las circunstancias permitidas por la ley, incluyendo cuando el embarazo es producto de una violación sexual, sin importar la capacidad intelectual o psicosocial de la mujer. Al Comité le preocupa, sin embargo, que la aplicación de dicha decisión no sea uniforme en el Estado parte y que el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos de facto”. “[...] El Comité también está preocupado por los altos índices de abortos clandestinos que han resultado en mortalidad materna, así como por los embarazos de adolescentes [...]” (Punto 11).

Y en el Punto 12 de las Observaciones finales, se recomienda al Estado argentino “revisar su legislación sobre el aborto, incluyendo su legislación criminal, en particular mediante la introducción de excepciones adicionales a la prohibición del aborto, inclusive cuando el embarazo es producto de una violación sexual, sin importar la capacidad intelectual o psicosocial de la mujer”.

*A priori*, si confrontamos las redacciones de la Declaración de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires con las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, notamos una evidente contradicción de muy difícil conciliación, casi imposible de resolver desde una mirada conflictivista de los derechos personalísimos en juego.

En principio, sabemos que nuestro país se ha comprometido internacionalmente suscribiendo los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y no solo a respetarlos sino que también les ha dado jerarquía constitucional en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

3 Baigorria, C. y Solari, N., “El derecho a la vida en la Constitución Nacional”, *LL* 1994-E-1167 y Gelli, M. A., “El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones”.

4 Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15-11-2000, CCPR/CO/70/PER; Irlanda, 24-7-2000, A/55/40; Gambia, 12-8-2004, CCPR/CO/75/GMB; Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22-3-2010.

También es cierto que el Estado argentino ha tenido siempre una posición preclara frente a la comunidad internacional sobre la protección del derecho a la vida de la persona humana desde el inicio de su existencia, en conformidad con su tradición jurídica y sus principios de Derecho Público, en particular el principio *pro homine* que ha inspirado todo su sistema democrático.

Por lo tanto, los nuevos caminos legislativos que se pretendan explorar estarán llamados a integrar y compatibilizar la interpretación de los Tratados Internacionales, tanto en sus instancias judiciales como consultivas, con la totalidad del sistema jurídico argentino.

Tal vez, en sus comienzos, la discusión parezca fundamentalmente académica y doctrinaria, pero lo cierto es que de ello dependerá en gran medida la labor posterior de los jueces, que serán quienes se encontrarán con los mayores escollos a la hora de aplicar el derecho a los casos concretos. Si bien serán ellos los que armonizarán el control de constitucionalidad al que se los obliga por mandato constitucional con el control de convencionalidad exigido desde las instancias supranacionales, será el Congreso y en última instancia el Presidente de la Nación quien deberá “observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina” como manda su art. 93.

En tal sentido, sostiene Rosatti<sup>5</sup> que no hay un control de convencionalidad por fuera ni sobre el control de constitucionalidad, es decir –afirma–, que pretender “un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación a los artículos 27, 30, 31, 75 inc. 22 y 118 de la CN”<sup>6</sup>.

Por lo tanto, cabe preguntarse cuál es el margen de apreciación que tiene nuestro país para aplicar los Tratados Internacionales sin incurrir en contradicciones intrínsecas a su ordenamiento jurídico integral, o dicho de otra manera, cuáles son los límites a los que debe sujetarse para no vulnerar su soberanía constitucional. Existen reiterados fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se ha sostenido la doctrina del margen de apreciación de los Estados, que permite a los países resolver las cuestiones conflictivas en sus legislaciones teniendo en cuenta aquellos aspectos éticos e intereses propios de cada sociedad<sup>7</sup>.

De ahí que nos parece importante reflexionar en el presente artículo sobre la protección constitucional vigente del derecho a la vida del ser hu-

5 Rosatti, H., *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional del 13-2-2012, 1 y sigs.

6 Ídem, 7.

7 Cfr. Franck, M. I., “La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados”, *EDCrim*, 22-5-2013, nro. 13.243.

mano en el inicio de su existencia en armonía con los compromisos internacionales asumidos a través de la suscripción de los Tratados de Derechos Humanos.

### **El principal obstáculo para innovar en la legislación del aborto: el estatuto jurídico del embrión humano**

Una primera reflexión nos la sugiere la terminología utilizada en ambas redacciones de los textos con los que hemos iniciado este análisis. Mientras el órgano de Naciones Unidas se refiere a la “interrupción del embarazo”, la Academia Nacional se expresa en términos de protección del “niño” y la “madre”.

Es allí donde visualizamos la primera y gran diferencia de apreciación en torno a los sujetos involucrados en la acción abortiva. ¿Qué significa para nuestro sistema jurídico “interrumpir un embarazo”? ¿Implica detener la vida de un niño?

Haciendo referencia al aborto, afirma Bach de Chazal que el elemento esencial del delito no “es el estado de preñez, sino la existencia de la persona por nacer, cualquiera sea el lugar en que ésta se hallare”<sup>8</sup>; incluso, observa este autor, no se puede evitar considerar la destrucción de embriones dentro del tipo penal relativo al homicidio, dado que el dispositivo del art. 79 del Código Penal define esta última figura como la acción de “matar a otro”, mientras que no surge de su literalidad que ese otro sea nacido o no.

Frente a la acción abortiva cabe la pregunta: ¿quién es el otro? Sin dudas que se está haciendo referencia al embrión, como alguien y no como algo, al que se le está negando la posibilidad de continuar con su proceso vital de desarrollo.

En una primera instancia, resulta necesario mencionar que la existencia de vida desde la unión de los gametos femeninos y masculinos (fecundación) es un dato objetivo, experimental, que nos ofrecen las ciencias biológicas y que, además, lo hacen con el mayor consenso sobre que esa vida tiene claramente la cualidad de ser vida “humana”, es decir, propia de un miembro de la especie humana.

Hasta aquí podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el estatuto biológico del embrión es el de un ser humano con toda la capacidad para desarrollarse de manera continua, única e irrepetible hasta el final de su existencia.

8 Bach de Chazal, R. (2009). *El aborto en el Derecho Positivo Argentino*. Buenos Aires. El Derecho, 154 y sigs.

Si seguimos avanzando hacia una conceptualización de la entidad jurídica del embrión humano, la respuesta la vamos a encontrar en el nuevo Código Civil y Comercial, que afirma con particular contundencia, en su art. 19, “que la existencia de la persona comienza con la concepción”. Luego se infiere sin mayores razonamientos la sinonimia existente entre el significado y alcance de los términos “persona humana” y “ser humano” y el valor que tiene la vida humana como condición necesaria y fundamental de su existencia.

Nuestros legisladores han querido ir más lejos aún en la definición del estatuto jurídico del embrión humano, considerando al fruto de la concepción un niño que ya existe en el vientre materno, tal como se sostuvo pacíficamente durante más de cien años a partir de aquellas afirmaciones de Vélez Sarsfield en la nota al art. 63 de la redacción original del Código Civil. Por su parte, la Ley N° 23.849, que incorporó la Convención sobre los Derechos del Niño, vino a confirmarlo frente a la comunidad internacional con la declaración interpretativa efectuada a su art. 1°, en la que nuestro país dejó claramente sentado que entiende por niño “todo ser humano desde la concepción hasta los dieciocho años”, manteniendo así una línea de coherencia a través del tiempo.

En consecuencia, nuestro país se comprometió a proteger al niño desde su concepción, asumiendo la tutela que brinda la Convención de 1989, según el significado y alcance del término “niño”, por lo tanto, no hacerlo implicaría el incumplimiento de una obligación internacional y de los estándares de convencionalidad.

Con posterioridad a la Ley N° 23.849, la Convención sobre los Derechos del Niño fue incorporada explícitamente con jerarquía constitucional por la Reforma de 1994 en el art. 75, inciso 22, junto a los demás Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos y a los que en un futuro pudieran incorporarse por mayoría especial del Congreso.

Los denominados “Tratados Constitucionales” han sido incorporados al texto de la Carta Magna: “[...] 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 conocidos”; es decir, que están en un mismo nivel que la Constitución Nacional, por lo tanto se encuentran por encima de toda ley interna, tal como lo exige el principio de prevalencia del Derecho Internacional convencional sobre el Derecho Interno contenido en el art. 27 de la Convención de Viena<sup>9</sup>.

9 “Artículo 27.- *El Derecho Interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”.

De lo dicho hasta aquí deducimos la virtual inconstitucionalidad que las iniciativas legislativas que conllevan el “desamparo” del niño podrían contener, tal como alerta el comunicado de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

### **El fundamento constitucional y convencional de la protección de los derechos del niño por nacer**

Tal como lo hemos dicho, el argumento más sólido acerca del reconocimiento de los Derechos Humanos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño y aplicados al embrión humano, lo encontramos en el art. 75, inciso 22, que incorpora los Tratados Constitucionales en las “condiciones de su vigencia”. Esto significa que nuestro país se ha comprometido a respetar la Convención en esos términos frente a la comunidad internacional, es decir, tal como rigen en el ámbito internacional, tomando en consideración las reservas y declaraciones interpretativas que se pudieran haber efectuado al tiempo de su incorporación al ordenamiento jurídico nacional<sup>10</sup>.

Con ese significado y alcance la Convención ha adquirido jerarquía constitucional y cualquier modificación que en un futuro se le pudiera introducir al texto, requerirá de la aprobación de la mayoría especial de los dos tercios de miembros del Congreso Nacional.

La redacción adoptada en nada contraría el espíritu de la Convención Internacional de Viena de 1969, que regula la forma de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre los Estados firmantes. En ese sentido, la Convención ofrece la posibilidad de obligarse de una manera condicionada a través de lo que se denominan reservas y declaraciones interpretativas y es doctrina generalizada en el Derecho Internacional, que ante cualquier duda o falta de certeza que pudiera suscitarse acerca del alcance y significado de alguna cláusula, deberá respetarse la voluntad de los Estados suscriptores, es decir, lo que han querido al momento de obligarse internacionalmente.

Esto es así porque existe en el concierto de las naciones una permanente vocación aperturista que privilegia el consenso y la mayor participación de los Estados frente a los posibles desajustes que se pudieran producir con el Derecho Interno de los países firmantes.

También es cierto que todo Tratado suscripto con alguna reserva o declaración interpretativa debe cumplir inevitablemente con la condición de

<sup>10</sup> Cfr. Boggiano, A. (1995). *Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*. Buenos Aires, 103.

que de ninguna manera su incorporación contrariará los fines y la naturaleza intrínseca del Tratado.

Un sector de la doctrina, basándose en el tratamiento que hiciera la Comisión Internacional de Derecho en 1970, pretendió sostener la existencia de una “clara distinción” entre reserva y declaración interpretativa, y sostuvo que la CDI “excluyó las declaraciones interpretativas de la definición de reserva” equiparándolas a las declaraciones de principios o de políticas que refieren a un Tratado determinado<sup>11</sup>.

Estas afirmaciones tuvieron su fundamento en las apreciaciones vertidas por parte de Marta Faur y Cristina Vallejos en la obra colectiva coordinada por Juan Vega y Marisa Graham<sup>12</sup>.

En aquella publicación se afirmó que la Comisión de Derecho Internacional de 1970 diferenció las reservas de las declaraciones interpretativas, sosteniendo que estas últimas no estarían incluidas en la definición de reservas y que serían un acto unilateral que persigue darle una interpretación determinada al Tratado frente a otras posibles.

Como corolario de esa interpretación, deduce Gil Domínguez que, al no tener la misma jerarquía de una reserva, la declaración interpretativa podría modificarse con solo la votación de la mayoría simple de ambas cámaras, criterio que no compartimos.

Estas apreciaciones quedaron luego desactualizadas a partir de los estudios realizados por la Comisión Internacional de Derecho durante la década del noventa, que por encargo de la Asamblea de las Naciones Unidas profundizó el significado y alcance de las reservas y las declaraciones interpretativas.

Así fue como en la sesión N° 50 de 1998 la Comisión tuvo su tercer informe, y llegó a la conclusión, luego de analizar los trabajos de más de diez años, que tanto las reservas como las declaraciones interpretativas tienen el mismo valor y un similar régimen jurídico. Así lo confirma el “Manual de Tratados” preparado con carácter informativo por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas, publicado en el año 2001, que presenta de manera indistinta una reserva como una declaración interpretativa, donde, cualquiera sea su denominación, el objeto que persigue es excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones del Tratado.

11 Gil Domínguez, A. (2000). *Aborto voluntario, vida humana y constitución*. Buenos Aires, 168.

12 Vega, J. C.; Graham, M. A. (1996). “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”. AA. VV., Cañero, J. P.; Faur, M. R.; Llamosas, E. M.; Méndez, J.; Ponce de León, R.; Vallejos, C. M. Buenos Aires. Astrea, 96 y sigs.

Esta división en la valoración de las declaraciones interpretativas estuvo presente en los debates de las sesiones de la Asamblea Constituyente del 2 y 3 de agosto de 1994. En aquella oportunidad la posición del sector mayoritario entendió, según lo confirman las declaraciones de su vocero, el convencional Rodolfo Barra, que “en las condiciones de su vigencia” “significa [...] tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino. La incorporación al ordenamiento argentino es, como dijo la Corte Suprema, en la causa Ekmekdjian, un ‘acto federal complejo’ que tiene tres etapas: primero, la firma del Tratado; segundo, la sanción y promulgación de la ley aprobatoria, y tercero, la ratificación internacional. Es decir, la manifestación internacional del consentimiento obligacional de nuestro país –lo que se hace, y por tanto, esto integra necesariamente el acto o Tratado–, con las reservas y declaraciones interpretativas, si las hubiese”<sup>13</sup>. “Por lo tanto, sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los Tratados tienen validez para nosotros”<sup>14</sup>.

En el mismo sentido se expresó el convencional Quiroga Lavié: “[...] que la vigencia de un Tratado alcanza no sólo al contenido del mismo, sino también a las reservas incluidas por el Ejecutivo al ratificar el respectivo Tratado. Ello no puede negarse que sea así, debido a que si es cierto que la ratificación es el acto constitutivo de la validez del Tratado, en tanto la reserva forma parte de la ratificación, es obvio que ella forma parte del Tratado”<sup>15</sup>.

Mientras que otro sector importante opinó que el Tratado rige independientemente de las declaraciones interpretativas, y un expositor representativo de esta posición fue el convencional Ricardo Alfonsín, quien manifestó: “[...] en lo concerniente a las condiciones en que se consagra la jerarquía institucional de los tratados y convenciones, se explicita que será en ‘las condiciones de su vigencia’. Tal requisito deberá interpretarse como las condiciones de vigencia en sí del Tratado y no a las condiciones de su vigencia para nuestro país”. “En este sentido, las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los Tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los Tratados”<sup>16</sup>.

13 Intervención del convencional Barra, Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 2-VIII-1994, 2836.

14 Ídem. CNC, 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 3-VIII-1994, 3127.

15 Inserción solicitada por el convencional Quiroga Lavié, CNC, 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [cont.], 3-VIII-1994, 3127.

16 CNC, 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 3-VIII-1994, 3093 y 3094.

También se pronunciaron en igual sentido los constituyentes Peltier<sup>17</sup> y De Vedia<sup>18</sup>.

En tal sentido, resultan esclarecedoras las afirmaciones de Horacio Rosatti, constituyente y miembro de la Comisión de redacción de la reforma de 1994, cuando reconoce, haciendo referencia a las negociaciones de los constituyentes: “No me consta en absoluto que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ de los Tratados Internacionales haya sido interpretada en la Convención Constituyente de 1994 en la forma descripta, implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos. Me consta, por el contrario, que la expresión en análisis remite a las diferentes modalidades de incorporación de tales Tratados en el orden jurídico argentino (v. gr.: con o sin reservas –y en este último caso, ‘según ellas’–, con o sin jerarquía constitucional)”<sup>19</sup>.

Revelan sendos testimonios periodísticos que en aquellas jornadas se vivieron momentos de mucha tensión en torno a este tema y resulta ser una pauta clara de interpretación histórica reconocer la existencia de una importante mayoría en la Asamblea Constituyente que pretendió explicitar la tutela del derecho a la vida desde la concepción, aunque a pesar de sus persistentes intervenciones, no lograron el suficiente consenso y prevaleció el criterio de no abordar la problemática del aborto por no ser un tema previsto en la ley de convocatoria de la Reforma. Como resultado de las intensas negociaciones que hasta hicieron peligrar la continuidad de la Asamblea, conformó en aquel momento la alternativa de reforzar la protección, aunque indirectamente, del derecho a la vida a través de la Convención sobre los Derechos del Niño “en las condiciones de su vigencia”, es decir, según el real significado y alcance de la definición de niño expresada en su art. 1º y su declaración interpretativa (Ley N° 23.849, art. 2º), dándole en esos términos jerarquía constitucional a través del art. 75, inciso 22, de la CN<sup>20</sup>.

## Los Derechos Humanos de un niño por nacer

Habiendo precisado hasta aquí el estatuto jurídico del embrión humano que lo define no solo como ser humano y persona, sino también como un

17 22ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [cont.], 2-VIII-1994, 2871 y 2872.

18 22ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [cont.], 2-VIII-1994, 2877.

19 Rosatti, H. (2013). *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (2003-2013). Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni, 96.

20 Cfr. Rosatti, H. *Derechos Humanos...* Ob. cit., 8 y del mismo autor, ver *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional del 13-2-2012, 1 y sigs. Barra, R. C. (2008). *Temas de Derecho Público*. Buenos Aires. Ediciones Rap, 353.

niño por nacer, emerge claramente el deber de reconocerle aquellos derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que resulten aplicables por su particular condición de no nacido.

Recordemos que la Convención se centra en el principio fundamental del “interés superior del niño”, explicitado en su art. 3º, al que recomienda se le debe prestar una especial atención y cuyo significado es que “Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”; y reiteramos que esa ha sido la intencionalidad mayoritaria de los constituyentes, es decir, la de brindar la tutela más favorable a la persona desde su concepción<sup>21</sup>.

También, y tal como lo expresa su art. 2º, deberá aplicarse la Convención respetando el derecho a la igualdad “sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el *nacimiento* o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Por último, resulta insoslayable mencionar su art. 6º, el cual afirma: “Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” y agrega que estos “garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Por lo tanto, resulta paradójico y hasta contradictorio que quienes tienen la función de velar por el cumplimiento de los preceptos de la Convención, como son los comités de seguimiento de Naciones Unidas, tanto el de Derechos Humanos como el de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, intenten presionar para que se implementen legislaciones favorables al aborto, cuyo resultado último es siempre perjudicial para el niño por nacer.

Es más, resulta de difícil comprensión que se cuestione a la Argentina el haber adoptado una posición protectoria de mayor amplitud al extender el alcance del concepto niño hasta la concepción mientras que otros Estados solo lo hacen desde el nacimiento (ej.: Francia, Canadá, etc.), siendo además que es el espíritu que surge de los Trabajos Preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño y del texto mismo de su art. 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El Derecho de un Estado Parte [...]”<sup>22</sup>.

En conclusión, creemos que de esta manera nuestro país sintoniza con coherencia una política expansiva de los Derechos Humanos, haciendo efec-

21 Barra, R. C. (1996). *La protección constitucional del derecho a la vida*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 79.

22 Cfr. Detrick, S. (1999). *A commentary on la United Nations Convention on the Rights of the child*. Netherlands. Martinus Nijhoef Publishers, The Hague, 51 y sigs.

tivo el art. 75º, inciso 23, de la Constitución Nacional, que manda proteger los Derechos Humanos de la mujer madre y del niño “en situación de desamparo, desde el embarazo [...]”. Desconocer este precepto implicaría ignorar el mandato de una norma que integra el bloque de constitucionalidad reforzada, máxima expresión jurídica de la cultura y soberanía de todo un pueblo.