

# LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL RECIENTE FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION DE 12 DE MARZO DE 2012. UNA VISION INTERNACIONALISTA

THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD IN THE  
RECENT RULING OF THE HIGHT COURT OF JUSTICE OF MARCH  
12, 2012. INTERNATIONALIST APROACH

*María Cristina Rodríguez de Taborda (\*)*

**Resumen:** La autora aborda las principales características de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, en particular las consecuencias jurídicas que se derivan del principio del interés superior del menor, analiza el valor otorgado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la declaración interpretativa contenida en el acto de ratificación y señala los elementos a tener en cuenta en la interpretación de un tratado a la luz de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “Reservas a los tratados” y de la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos.

**Palabras clave:** Convención - Interés superior Derecho a la vida - Condiciones de vigencia de los tratados - Reservas y declaraciones interpretativas - Efectos.

**Abstract:** The author discusses the main characteristics of the “Convention on the Rights of the Child”; including the legal consequences arising from the principle of best interests of the child, looks at the value given by the Supreme Court of Justice to the interpretative declaration contained in the act of ratification, and indicates the elements to be taken into account when interpreting a treaty in light of the work on the topic “Reservations to treaties” of the International Law Commission and the jurisprudence of regional human rights courts.

---

(\*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Adjunta de la asignatura Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

**Keywords:** Convention - Best interests - Right to life - Conditions of validity of the treaties - Reservations and interpretative declarations - Effects.

**Sumario:** A) Particularidades de la “Convención sobre los Derechos del Niño”. B) Incidencia del principio del interés superior del niño. C) Sentencia de la CSJN en autos F, A. L. s/ medida autosatisfactiva el 12 de marzo de 2012.

## **A) Particularidades de la “Convención sobre los Derechos del Niño”**

En el ámbito universal la protección del niño ha sido abordada a través de numerosos instrumentos que precedieron a la “Convención sobre los Derechos del Niño” o que fueron adoptados con posterioridad (1). A través de ellos se refleja la evolución que ha tenido la temática, pues hasta 1989 el derecho internacional únicamente se ocupaba de aspectos vinculados con la esfera laboral (Convenio de la OIT n° 138 de 1973 sobre la edad mínima) o civil (Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980) y contaba con algunas referencias a los menores en tratados generales sobre derechos humanos y en la normativa sobre los conflictos armados.

La Convención, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, vino a unificar y a ampliar la legislación internacional existente (2) constituyéndose uno de los tratados de más amplia aceptación al haber sido ratificado por la mayor parte de los Estados del mundo (193 países), salvo Estados Unidos y Somalia. Se trata de un acuerdo base de otros del ámbito regional o que se han ido adoptando para resolver problemáticas particulares, tales como el “Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional” y su Recomendación de 1994 relativa a su aplicación a los menores refugiados y a otros menores desplazados internacionalmente; la “Convención sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento, aplicación y cooperación con respecto a la responsabilidad paterna y medidas para la protección de menores” de 1996; la “Carta africana de los derechos y el bienestar del niño” de 1990; el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados” de 2000; el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” de 2000.

---

(1) Un primer instrumento internacional fue la “Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños” aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924. Dentro de esta organización fue creada una comisión especial conformada por 12 miembros representantes de los gobiernos y 13 asesores, pero su labor fue entorpecida porque se alegaba intervención en los asuntos internos. En 1948 Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que contiene dos disposiciones sobre los niños (arts. 25 y 26) de manera similar a los dos Pactos universales.

(2) No obstante su importancia fue concebida con una gran falencia: no contar con un sistema que permita formular denuncias para víctimas de violaciones. Recién en 2011 fue aprobado el “Protocolo facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”, pero aún no está en vigor.

Aparte de estos tratados existen otros instrumentos que son habitualmente citados por la jurisprudencia nacional, entre otros: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

La Convención define niño como aquella persona hasta los dieciocho años, salvo que por la legislación vigente haya alcanzado antes la mayoría de edad (art. 1). No fija a partir de qué momento lo considera como tal, pero cuando el Congreso Nacional aprobó este acuerdo -ley 23.849 de 1990- estipuló que al momento de la ratificación debía formularse una declaración interpretativa en el sentido que niño es todo ser humano desde la concepción hasta los dieciocho años de edad, orden que cumplió el Poder Ejecutivo el 4 de diciembre de 1990.

La definición del artículo 1 no marca más que la etapa de la vida de una persona, siendo su articulado el que señala las principales características a tener en cuenta al momento de implementarla a nivel nacional:

La Convención constituye *lex specialis* tanto en el ordenamiento interno como internacional y, salvo algunas excepciones (*e.g.* derecho imperativo, normas de orden público), los juristas entienden que tiene prevalencia sobre normas generales aún cuando formen parte de un mismo sistema jurídico. De tal suerte que por un lado integra el derecho general de los derechos humanos y por el otro enuncia reglas bien precisas: no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, participación en las decisiones que les atañen y el derecho al desarrollo. Puede pensarse que algunos de estos derechos alcanzan a todos los seres humanos, pero lo cierto es que tanto el derecho internacional convencional como la jurisprudencia les ha dado una especial relevancia en el caso de los menores, recayendo en el Estado el deber de asegurar su goce mediante políticas adecuadas dirigidas exclusivamente a los menores (asignación familiar y por escolaridad, educación, vacunación, vivienda, alimentación, adopción, no institucionalización). Tal singularidad se evidencia en el caso de la pena de muerte, en paralelismo con la “Convención americana de derechos humanos” de 1969 que prohíbe su aplicación a los menores de dieciocho años y a las mujeres embarazadas, resguardando en el segundo caso a las personas por nacer.

El niño no aparece sólo como un mero sujeto de protección, sino como un *verdadero titular de derechos*, de allí que se le haya reconocido el derecho a ser oído como derivación del principio del interés superior del menor.

La Convención les otorga una *protección reforzada* en consonancia con los acuerdos sobre derechos humanos que contienen disposiciones especialmente referidas a los niños. Por esta razón en el fallo sobre los niños en situación de calle (*Los niños de la calle - Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Serie C n° 63, par. 194. Corte IDH, Noviembre 19, 1999) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que tanto la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” como la relativa a los derechos de los niños forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección. Ello porque en el

artículo 19 prescribe que deben recibir cuidados especiales y resulta necesario visualizar sus derechos de cara al futuro, esto es, hacia su proyección de vida, a punto tal que el reconocimiento del derecho a “vivir en” o “a una familia” tiene un contenido particular, ya que a los adultos el Estado no puede garantizarles que funde una familia, mientras que los menores están plenamente amparados por este derecho.

Puede asegurarse que este acuerdo ha influido en la interpretación y aplicación de otros tratados al *cambiar los parámetros de análisis de ciertas reglas*, en especial los de derecho internacional humanitario y el derecho de los refugiados. Así, en materia de concesión de asilo el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha explicitado que el reclutamiento como soldados (3), la explotación sexual, la trata y la costumbre de mutilación genital femenina, podrían tener cabida en la “Convención sobre el Estatuto de Refugiado” (4) e incidir en el principio de no devolución, hoy de gran importancia frente al fenómeno de los niños migrantes no acompañados. Otro tanto ocurre con las garantías judiciales establecidas en la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” de 1969 (arts. 8 y 25), al punto que resultan insuficientes para el caso de los menores, debiendo complementarse con las de la Convención que exige garantías más específicas (*vg.* la privación de la libertad debe darse en situaciones excepcionales). Inclusive, por tratarse de una persona en desarrollo un Estado debe asegurarle el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, desapareciendo la idea de progresividad reflejada en el “Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y en el “Protocolo de San Salvador” (5).

Finalmente, las violaciones a los derechos de los niños han sido consideradas por la jurisprudencia como graves. Baste citar el caso *Bulacio* (6) donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha patentizado que, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de

---

(3) *Protocolo facultativo reclutamiento de menores*. Artículo 5. “Ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará de manera que impida la aplicación de los preceptos del ordenamiento de un Estado Parte, de instrumentos internacionales o del derecho humanitario internacional cuando esos preceptos sean más propicios a la realización de los derechos del niño”.

(4) NACIONES UNIDAS. ACNUR. *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*. Febrero de 1997 (disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6027.pdf>).

(5) El art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que los Estados adoptarán las medidas relativas a la efectividad de los mismos hasta el máximo de sus recursos de que dispongan. El Protocolo de San Salvador resalta la adecuada alimentación tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar (art. 15) y le dedica una disposición en particular a los derechos de la niñez (art. 16). A nivel jurisprudencia regional la Corte Europea de Derechos Humanos se ha referido a los procedimientos administrativos y judiciales que conciernan a la protección de derechos humanos de las personas menores de dieciocho años señalando la obligación estatal de actuar con diligencia excepcional (*Johansen c/ Noruega* del 8 de julio de 1996, p.88).

(6) Corte IDH. *Caso Bulacio c. Argentina*, sentencia de 23 de septiembre de 2003.

éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, calificando a las *violaciones a sus derechos como graves* (7).

## B) Incidencia del principio del interés superior del niño

A nivel interno la Convención es uno de los tratados enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional por lo que goza de jerarquía constitucional, con el agregado que por mandato de los constituyentes de 1994 el segundo apartado del inciso 23 de la misma disposición dispone como obligación del Congreso Nacional la protección del niño desde la gestación, con independencia de la misma tutela respecto de la madre embarazada. Aunque tal precepto apunta únicamente al régimen de bienestar social y no emplea la palabra “concepción” la protección del niño se proyecta al período de gestación.

El principio del interés superior del niño contemplado en el artículo 3 (8) del tratado está configurado como un precepto jurídico de orden público que engloba responsabilidades compartidas por la familia, el Estado y la sociedad en general y suele ser mencionado por la jurisprudencia para identificar a aquellas acciones exigidas a los distintos gobiernos relativas a la protección, atención y trato a los menores, sin perjuicio de que esta obligación sea más amplia y se dirija tanto a las instituciones públicas como a las familias y a las instituciones privadas de bienestar social.

Hallar una interpretación unívoca de esta regla no es una tarea sencilla, no sólo por las numerosas situaciones en las que se puede encontrar un niño sino también por los distintos moldes culturales, idiomas y regímenes políticos que sugieren que su interpretación no es uniforme y el alcance difiere por diversos motivos. Piénsese en aquellos países donde está permitido el matrimonio entre menores de escasa edad sin que ellos hayan prestado su consentimiento, o bien el no acceso a la educación porque el trabajo infantil es tolerado por los gobiernos. Hasta resulta paradójico que, si los derechos humanos deben ser gozados sin discriminación, sean admisibles los castigos corporales a

---

(7) De igual manera en el asunto de *Los Niños de la Calle* señaló que a la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida. Corte IDH. *Los niños de la calle - Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Serie C n° 63.

(8) Art. 3.1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

niños como medida disciplinaria cuando no lo son entre adultos (art. 278 Código Civil y art. 4 de la ley 23.264) (9).

Genera dudas la versión inglesa de la Convención, ya que la expresión utilizada ya no es interés superior sino “mejores intereses” (*best interests*) (10), términos con los que se describe el bienestar de un niño determinado por una variedad de circunstancias personales, tales como la edad, el nivel de madurez, la presencia o ausencia de padres, su ambiente y experiencias (11). Una interpretación literal de la locución “interés superior” sugiere una relación de prioridad entre los propios derechos y los de los demás; en cambio, por “mejor interés” podría entenderse como el resultado más beneficioso para el menor sino fuera porque forma parte de una frase que estatuye otorgarle una consideración capital (*primary consideration*).

Esta ponderación no se dirige únicamente a darle mayor importancia a los intereses del menor respecto del Estado o de las personas adultas, sino también a resolver conflictos normativos. Por ejemplo, en caso de una disputa por la tenencia los jueces deben decidir qué progenitor es el más adecuado desde el punto de vista de lo conveniente para el menor y no de la inquietud de sus padres, velando además que no se obstaculice el régimen de visitas con quien no detenta la tenencia pues, en la mayoría de los casos, implica un ejercicio de violencia moral sobre el niño a quien se le niega el contacto con uno de ellos. En el supuesto de adopción se ha entendido que no hay un derecho a la adopción en las personas adultas sino un derecho a ser adoptado por parte del menor, en el entendimiento que es obligación del Estado analizar objetivamente todas las circunstancias del entorno en el que vivirá y que de un trámite no puede concluirse que ese deseo de los mayores deba ser satisfecho (12). El principio de reunificación familiar tampoco es considerado un derecho subjetivo de un grupo de personas migrantes, sino que se debe analizar si es conveniente para el niño mudar de país (13). En la restitución internacional de menores ocurre otro tanto.

La idea que prima en su aplicación es la de una visión de conjunto y hacia el futuro, de manera tal que un juez no debe pensar únicamente en lo que es procesalmente pertinente o los riesgos personales que asumirá con su decisión, sino aquellos a los que está

---

(9) Este tema fue ampliamente abordado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de 2009 sobre el castigo corporal y los derechos humanos de los niñas, los niños y los adolescentes, donde ha sostenido que “las legislaciones que permiten a los padres utilizar el castigo corporal para corregir en forma “moderada” o “razonable” a sus hijos no se adecua a los estándares internacionales aplicables a la institución de la patria potestad y por tanto, no garantizan protección adecuada de los niños contra el castigo corporal” (par. 98).

(10) Art. 3.1. “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*”

(11) UNHCR. *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*. May, 2008 (disponible en: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/4566b16b2.pdf>).

(12) Caso *E.B. c. Francia* (n°43546/02). Corte EDH (Gran Sala), sentencia de 22 de enero de 2008.

(13) Caso *Salek Bardi c. España*, (n° 66167), Corte EDH, sentencia de 24 de mayo de 2010.



expuesto el menor. En efecto, la Convención no enuncia que los Estados deberán “tener en cuenta” sino que “una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por ello es que, en la Opinión Consultiva sobre *la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (14), la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace mención a la “Declaración de los Derechos del Niño” de 1959, a la “Convención Americana de los Derechos Humanos” y a la Convención para concluir que por su debilidad, inmadurez e inexperiencia necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal. Asimismo, sostiene que esta expresión implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (15).

La última expresión lleva a efectuar algunas reflexiones sobre dos temas sumamente delicados por estar vinculados con el derecho a la vida y sin cuyo disfrute no podría hablarse de una protección integral: la interrupción voluntaria del embarazo y la pena de muerte.

La obligación de no privar arbitrariamente de la vida a una persona es un deber universalmente reconocido, pero no hay consenso respecto del momento del que rige y muy tardíamente se ha convenido hasta que edad está vedado aplicar la pena de muerte a un ser humano. Probablemente estas circunstancias muestren la imagen cambiante que un adulto tiene de lo que es un niño, pero lo cierto es que en ambos casos la regla del interés superior del niño prácticamente desaparece, pues suele hablarse del *principio de proporcionalidad de intereses* y no de la primacía al momento de elaborar y aplicar normas jurídicas. En el primer caso los intereses son individuales y en el segundo de la sociedad. Cuando se trata de la prohibición de la pena de muerte ha llegado a decirse que se trataría de una norma *jus cogens* (16), en cambio al aborto se lo ha identificado como un derecho de la mujer (17).

---

(14) El 30 de marzo de 2001 la Comisión pidió a la Corte que emitiera una opinión consultiva, con un doble objetivo: que interpretara los artículos 8 y 25 de la Convención Americana “con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen ‘límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados’ en relación a niños...; la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana”.

(15) Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. OC- 17-2002 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(16) Comisión IDH. Informe n° 3, *Estados Unidos n° 9647*.

(17) La Comisión Europea de Derechos Humanos ha debido ocuparse de este tema en vinculación con el derecho al respeto de la privacidad. Al respecto sostuvo que no puede decirse que el embarazo concierna únicamente a la esfera de la vida privada. Cuando una mujer está embarazada, su vida está íntimamente conectada con la del feto en desarrollo” (Comisión EDH, *Brüggemann versus Alemania*, 12/7/1977). Por otro lado, resulta interesante la declaración interpretativa realizada en 1981 (modificada en 1992 con idéntico resultado) por México al momento de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativa al derecho a la vida, en general, desde la concepción. Textualmente dice: “Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión ‘en general’ usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’ ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”. En general las cuestiones vinculadas a los derechos humanos han traspasado la órbita del derecho

En relación a la pena de muerte se advierte que entre los países occidentales sólo Estados Unidos la aplica a menores de dieciocho años y no rige en todo el territorio (18). El motivo por el cual el ejecutivo estadounidense rechaza su prohibición radica no sólo en su especial régimen federal, sino también porque viene desconociendo la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que la prohíba. Al respecto, argumenta que no existe ni la uniformidad en la práctica estatal ni la requerida *opinio juris* para considerar tal interdicción como una obligación internacional (19).

En cambio, a partir de 2005 el más alto tribunal de ese país ha sido de otra opinión al decidir la no aplicación de la pena de muerte a un menor que al tiempo del hecho no tenía dieciocho años (*Roper v. Simmons*) (20). Según la Corte Suprema el consenso nacional considera que es una pena desproporcionada para los niños, que su responsabilidad no es similar a la de los adultos y que si bien Estados Unidos no ha ratificado la “Convención sobre los Derechos del Niño” (21) sus directrices deben ser tomadas en cuenta a fin de no imponer la pena capital a quienes hubieran cometido un delito antes de esa edad. Además, rechaza el argumento relativo a la reserva formulada al momento de la ratificación de la “Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966 (art. 6.5) como evidencia suficiente del consenso nacional a favor de retener el derecho a ejecutar la pena capital sobre menores infractores. A su juicio esa reserva fue aprobada por el Congreso en 1992, año a partir del cual cinco estados y el gobierno federal abandonaron la pena de muerte para estas personas y que, por lo tanto, no aporta evidencia suficiente para establecer una falta de aceptación nacional en contra de la ejecución de jóvenes que hayan delinquirido (22). También hace referencia a la práctica internacional (23).

---

interno y el respeto al derecho a la vida es una obligación *erga omnes* que jamás puede identificarse como perteneciente a la jurisdicción exclusivamente interna.

(18) A partir de los 16 años en algunos Estados y de los 14 en el de Virginia. Atiéndase que se aplican sentencias distintas según el lugar donde se cometió el delito o el tipo de delito (federal o estatal) y no a la edad del autor.

(19) Comisión IDH. Informe n° 3, *Estados Unidos n° 9647*.

(20) Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. *Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Simmons*, sentencia de 1° de marzo de 2005.

(21) Algunos congresistas opuestos a la ratificación explicaron su objeción sobre los siguientes presupuestos: la prohibición de la pena de muerte para menores de 18 años, extender el plan integral de salud para todos los niños, inclusive los migrantes indocumentados, la prohibición de castigos corporales y que el derecho a la privacidad pueda dar lugar a abortos sin consentimiento de los padres o un descontrol sobre los medios masivos de comunicación al que accedan los niños.

(22) Luego de este fallo se gestó un debate entre académicos y entre los mismos jueces acerca del valor de la opinión pública internacional y las sentencias de tribunales extranjeros. Para algunos era válido observar las prácticas de esos tribunales. Ninguno se explayó sobre los derechos del niño.

(23) La pena de muerte a menores de 18 está prohibida en la mayoría de los Estados y en 117 países ha sido abolida para todas las personas. Además de la Convención de los Derechos del Niño la prohíben la Convención Americana de los Derechos del Hombre de 1969, la Carta Europea de los Derechos y Libertades Fundamentales de 2000, la Carta africana relativa a los derechos y al bienestar de los niños de 1990, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.5), la Cuarta Convención



En el caso de los defensores del aborto puede decirse que no encuentran proporción entre la penalización a la interrupción inducida del embarazo y los beneficios sociales que sostienen ésta aportaría, en tanto que las distintas legislaciones nacionales que admiten el aborto para un embarazo no deseado el principio de proporcionalidad funciona de la siguiente manera: van reconociendo mayores derechos a los no nacidos conforme el estadio del embarazo y menos a la mujer.

Si, salvo excepciones, suele estar prohibido a partir de las doce o veinticuatro semanas ¿cuándo comenzó su derecho a la vida? De considerarse que inició después de ese término sus intereses no serían superiores a los de la madre y se partiría de un criterio de viabilidad (24) (*viabilidad* deriva del latín: *vital* y *habilis*, que significa “apto para la vida”) de nacer, no de vida de un nuevo ser humano original e irrepetible. Pero esta idea encierra una gran contradicción, porque que sea viable el nacimiento de una persona no depende de la voluntad de quien aprueba las leyes. Además ¿se cumplirían los criterios de objetividad, racionalidad y necesidad requeridos para descartar una transgresión a la obligación de no discriminar si lo que separa el goce de un derecho para uno y otro no nacido depende del estadio de gestación en que se encuentre?

Entonces ¿en qué consiste el derecho “a” la vida? Seguramente la ciencia dirá cuando comienza la vida (25), ya que es un hecho biológico indubitable, y el legislador a partir

---

de Ginebra (artículo 68), el Protocolo a la Convención americana relativo a la aplicación de la pena de muerte (1990) al referirse a toda persona, el Segundo protocolo facultativo del Pacto Europeo de los Derechos Civiles y Políticos, los Protocolos europeos protocolos 6, de 1983, y 13, de 2002. En diciembre de 2007 y 2008, la Asamblea General de la ONU aprobó, respectivamente, las resoluciones 62/149 y 63/168, en las que se pedía una moratoria al uso de la pena de muerte.

(24) Con los avances de la ciencia la viabilidad de nacer ha ido descendiendo respecto de las semanas de gestación.

(25) En el voto disidente de miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al asunto *Baby Boy* se cita la opinión de un importante científico francés que explicó el proceso de gestación con suma precisión: “La pregunta se le formuló hace escasos tres años al eminente Decano de la Unidad de Enseñanza e Investigación de la Universidad de París y titular de la Cátedra de Genética Fundamental de la misma, Profesor Jérôme Lejeune, miembro distinguido de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París, de la Real Sociedad de Medicina de Londres, de la Academia Norteamericana de Artes y Ciencias de Boston, galardonado con la Medalla de Oro de la Investigación Científica y los Premios Jean Toy, Kennedy y de Ciencias de la Ciudad de París. “Profesor- se le preguntó-, la primera célula formada desde el momento de la concepción ¿puede considerarse ya que es un ser humano, con su propia personalidad, independiente de la de su madre?” “por supuesto” -contestó-, agregando: “Está demostrado que en esa primera célula se encuentran ya todas las calidades genéticas del individuo, que el embrión, siete días después de la fecundación... emite un mensaje químico que detiene las reglas de su madre... que a los veinte días de la fecundación... su corazón (tan grande como un grano de trigo) comienza a palpar... a los dos meses... ya posee completamente forma humana: tiene cabeza, tiene brazos, tiene sus dedos... y hasta las líneas de la mano trazadas... y entre los dos y los tres meses... las huellas digitales están ya señaladas... y no cambiarán hasta el final de su vida... a los tres meses... es ya capaz de cerrar los ojos, de cerrar los puños, y si en ese momento le acariciará el labio superior con un hilo, haría una mueca... . Existe un ser humano... sobre esto no hay ninguna duda-. Y el mismo profesor, en un artículo de revista afirma: “El feto es un ser humano. Genéticamente está completo. Esto no es un parecer. Es un hecho” (Comisión IDH. Resolución n° 23/81 de 6 de marzo de 1981. Caso *Estados Unidos- 2141*). También en la Sentencia de 17 de marzo de 1994 la Corte Cons-

de qué momento, cuándo y de qué modo la protege, en tanto toda norma jurídica es un acto humano. Inclusive, éste podrá concederle ciertos derechos condicionales al niño concebido y no nacido, como son los sucesorios. Por ello es que durante años se discurre sobre el concepto jurídico de persona identificándosela como un ser humano nacido y a la persona por nacer como un ser humano en potencia (26). Jurídicamente la calificación de ser humano en potencia -que conduce a no considerarlo sujeto de derechos- entraría en conflicto con la figura de la representación promiscua que vienen realizando los integrantes del ministerio público para el *nasciturus* y haría dudar de la indivisibilidad y universalidad del principio *pro homine*. Ser sujeto de derechos no puede identificarse sólo con la capacidad para ejercerlos ni tampoco con los atributos de la personalidad, porque ni siquiera un recién nacido o un niño de corta edad pueden ejercer o reclamar sus derechos por sí mismos.

El “Convenio de Oviedo sobre los derechos del hombre y la biomedicina” de 1997 (27) incurre en esta antinomia al emplear dos expresiones diferenciadas cuando enuncia la necesidad de proteger al “ser humano” en su dignidad y su identidad y de garantizar a “toda persona”, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales en relación a las aplicaciones de la biología y la medicina (art. 1). Como este tratado ha tenido por finalidad regular determinadas actividades científicas resulta sugestiva la referencia a la *identidad del ser humano*, en particular si se tiene en cuenta que la ciencia genética ha precisado que al momento de la fecundación del óvulo se adquiere el patrimonio genético completo propio de la especie humana.

Esclarecer la problemática prescindiendo del concepto de *dignidad humana*- el que se apoya tanto en el individuo como en la humanidad- también tiene sus derivaciones, porque la vida humana dejaría de ser un proceso biológico que comienza con la concepción (cambia la forma pero no el ser) para transformarse en un producto de la gestación (no hay ser hasta que nace), tal como vienen afirmando quienes defienden el derecho al aborto generalizado identificando al cuerpo de la mujer como un envase/receptáculo y poniendo en un mismo saco a una mujer adulta y a una niña. Por otra parte, tampoco puede desconocerse la dignidad de la mujer, concepto que incluye su derecho a la salud, tema abordado por la Corte Europea de Derechos Humanos en 2010 en el asunto *A, B y C c. Irlanda* donde señaló que no existe un derecho al aborto basado en la obligación

---

titucional de Colombia n° 133/94 reproduce tales afirmaciones (*Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 343 del Decreto 100 de 1980*). A su vez, la Academia Nacional de Medicina declaró: “Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país (Declaración aprobada por el Plenario Académico realizado el 30 de septiembre de 2010).

(26) Al redactar el Código Civil Vélez Sarsfield tuvo presente que “las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre” en la nota al art. 63. Luego el art.70 establece: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido...”

(27) Vigente para los países miembros del Consejo de Europa desde 1999.

de respetar la vida privada (art. 8 de la Convención Europea), llamado por algunos autonomía de la mujer, pero sí en relación a su derecho a la salud (28).

Es tan espinosa esta cuestión que la redacción de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” también sufrió el impacto de esta dicotomía, resultante de los trabajos preparatorios en los que se convino que el agregado de la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción” al artículo 4 -que fija que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”- tuvo por objeto dejar a salvo las legislaciones nacionales que permitían el aborto en caso de violación o peligro grave para la vida de la madre, pero no para que la práctica se extendiera a toda circunstancia ni para negarle derechos humanos al no nato (29).

Tanto en la opinión consultiva sobre *la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* como en el contencioso *Niños de la Calle* (30) el tribunal interamericano ha evitado referirse al momento a partir del cual la vida goza de protección legal, pues ha tomado literalmente la definición de niño de la “Convención sobre los Derechos del Niño”. Únicamente en la nota 63 del primer dictamen transcribe el artículo 4 de la “Declaración de los Derechos del Niño” de 1959 (31) que proclama que la protección legal debe darse aún antes del nacimiento.

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha eludido definirse sobre este tema en varias oportunidades. Así, al analizar el artículo 2 (32) de la “Convención Europea sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, se ha limitado a aplicar la

---

(28) “*Pour la Cour, si l'article 8 ne saurait en conséquence s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement, l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé et/ou de bien-être dont se plaignent les première et deuxième requérantes, et l'impossibilité dans laquelle la troisième requérante se serait trouvée de faire établir qu'elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande sont des questions qui relèvent du droit des intéressées au respect de leur vie privée, et donc de l'article 8 (...) le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître*” (Corte EDH. Asunto *A, B y C c. Irlanda*, sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 214 y 238).

(29) “Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de ‘desde el momento de la concepción,’ con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, *inter-alia*, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras ‘en general.’ Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 ‘1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, *en general*, desde el momento de la concepción (Anuario, 1968, p. 321)’. Comisión IDH. Resolución n° 23/81 de 6 de marzo de 1981. Caso *Estados Unidos- 2141*. Véase también: Véase: Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica 7-11 de noviembre de 1969. Acta y Documentos. Secretaría General. Organización de Estados Americanos (Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2).

(30) Corte IDH. Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

(31) Fue aprobada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

(32) Art. 2: “El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley”.

*teoría del margen de apreciación* para concluir que frente a la falta de consenso legislativo el punto de partida de protección al derecho a la vida depende de la apreciación de cada Estado. Con todo, el solo reconocimiento que existe legislación en la mayoría de los países sobre el tema indica que, pese a la falta de consenso, hay un interés por proteger la vida antes del nacimiento. En *Vo c. Francia* (33), dirimido en 2004, aboga por esta teoría, diferencia el derecho interamericano del europeo al indicar que la “Convención Americana de Derechos Humanos” establece que el derecho a la vida debe ser protegido en general desde la concepción, y subraya que embriones y fetos han comenzado a recibir algún tipo de protección legal (34).

Luego, en el fallo recaído en *A, B y C c. Irlanda* de 2010 habla de una interpretación evolutiva de la Convención, explicita que el margen de apreciación no es ilimitado, que debe haber un equilibrio de intereses y recuerda precedentes donde ha considerado que el derecho de la mujer embarazada respecto a su vida privada debe ponderarse con otros derechos y libertades concurrentes, comprendidos aquellos del “niño por nacer” (35). En este pronunciamiento no hubo unanimidad dentro del tribunal, emitiéndose un voto parcial disidente por parte de seis jueces donde, relacionando la regla del margen de apreciación estatal con las legislaciones vigentes en Europa y el principio de proporcionalidad de intereses, afirman que priman los derechos de la mujer a la salud y bienestar sobre el derecho a la vida del feto. Curiosamente entienden que existe, por naturaleza, desigualdad de derechos al darse la siguiente circunstancia: por un lado hay derechos de una persona que participa activamente en la vida social y, por el otro, los derechos del feto, que se encuentra en el vientre de su madre, donde la vida no está definitivamente establecida al no haber nacido y aún no ser actor social (36).

### **C) Sentencia de la CSJN en autos F., A. L. s/ medida autosatisfactiva el 12 de marzo de 2012**

Muy lentamente los tribunales nacionales han ido recurriendo al derecho internacional de los derechos humanos para fundar sus decisiones, pero no siempre se han interesado por comprender en profundidad las reglas que rigen este ordenamiento.

En el reciente fallo recaído en *F., A. L. s/ medida autosatisfactiva* de 12 de marzo de 2012 es la primera vez que la Corte Suprema se ocupa de las declaraciones interpretativas realizadas por nuestro país al momento de obligarse por un tratado. La sentencia bajo análisis trata una de las insertas en el acto de ratificación de la Convención que reza: “Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la

(33) Corte EDH. Caso *Vo c. Francia* (n°53924), sentencia de 8 de julio de 2004.

(34) Por ejemplo, el art. 18 del Convenio de Oviedo sobre los derechos del hombre y la biomedicina de 1997: “Experimentación con embriones in vitro. 1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión”.

(35) “...considère que le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l’aune d’autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l’enfant à naître” (Corte EDH, Caso *A, B y C c. Irlanda*, 25549/05, sentencia de 20 de diciembre de 2010, párr. 213 y 218).

(36) *Opinion en partie dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni y Poalelungi*, *Ibíd.*

República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad (37).

En el considerando 13 del pronunciamiento el tribunal sostiene que *el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva y que como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa* (38).

Correctamente distingue reserva de declaración interpretativa pero sus razonamientos son incorrectos, motivo por el cual creemos necesario reproducir las definiciones que figuran en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” de 1969: art. 2.1 apartado b) “Se entiende por ‘ratificación’ (...), el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”; art. 2.1 apartado d) “Se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

Probablemente la Corte haya incurrido en un error al redactar el considerando en cuestión, caso contrario estaría confundiendo una ley interna con un acto jurídico internacional, como es la ratificación de un tratado (39). A la vez, desconocería que en el artículo 2 de la ley 23.849 aprobatoria de la Convención consta un mandato dado por el Congreso Nacional al Poder Ejecutivo y que el primero no tiene la atribución de ratificar –incluida la de formular reservas y declaraciones interpretativas– para obligar al Estado en el plano internacional (40). Por otro lado, un Estado no “efectúa” reservas sino que

---

(37) En la versión francesa de la ratificación consta: «*En ce qui concerne l'article premier de la Convention relative aux droits de l'enfant, la République argentine déclare que le mot 'enfant' doit s'entendre de tout être humain du moment de la conception jusqu'à l'âge de 18 ans*”.

(38) “Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención ‘debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción’, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 -1.2; 1.3). CSJN. Sentencia de 12 de marzo de 2012. F. 259. XLVI. F, A. L. s/ medida autosatisfactiva, pár. 13.

(39) MONCAYO, G., *Relación entre el DIDH y el derecho interno*, op.cit. p. 97.

(40) “Una declaración interpretativa deberá ser formulada por una persona a la que se considera que representa a un Estado o una organización internacional para la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento de un Estado o una organización internacional en obligarse por un tratado”. Directriz 2.4.2 e Informe de la CDI, 2011, Doc. A/66/10/Add.1.

las “formula”, ya que no es un acto autónomo respecto del tratado y están sujetas a determinadas reglas en materia de notificación, aceptación y objeción.

Fuera de esta apreciación creemos que lo más importante es destacar que a lo que apuntó el tribunal fue situarla fuera de la órbita del tratado. Por eso es que al evaluar que la declaración interpretativa -efectuada al momento de ratificar la Convención por el Poder Ejecutivo en nombre de la República Argentina- no es una reserva, la descarta sin más y con pobres argumentos legales, como si la ratificación y su enunciado no pudiesen ser un acto internacional eficiente para el Estado que la efectúa. Como fundamento elige el artículo 2° de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” y cita, entre paréntesis, el informe de 1999 de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Este viejo informe se refiere a los estudios sobre el tópico “Reservas a los tratados” y a un proyecto de directrices -a modo de guía práctica- bastante incipiente, de tal suerte que a esa época la Comisión no había analizado la validez y efectos de las declaraciones interpretativas. En 2003 el Relator Especial Alain Pellet presenta un estudio donde transcribe la opinión de la Corte Internacional de Justicia que atribuye valor probatorio a estos actos unilaterales (41) y agrega: “Si los autores de las declaraciones interpretativas desean que su posición se tenga en cuenta en la aplicación del tratado, en particular en caso de controversia, no cabe duda de que tienen interés en: a) Formular la declaración por escrito, para satisfacer a la vez las exigencias de la seguridad jurídica y permitir la notificación; y b) Seguir para esas declaraciones el mismo procedimiento de comunicación y de notificación aplicable a la comunicación y a la notificación de las demás declaraciones relativas a los tratados (reservas, objeciones o aceptaciones)” (42).

En el último estudio, publicado en 2011, la Comisión presenta un proyecto consolidado de la guía acompañada de sus respectivos comentarios, donde manifiesta que fiel a la definición que figura en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena, retomada en la directriz 1.1 de la Guía de la Práctica, ha admitido que todas las declaraciones unilaterales que se ajusten a esa definición constituyen reservas. De acuerdo a lo prescripto por artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 la calificación de “reserva” no depende de la denominación o enunciado que el Estado autor haya elegido y, según la Comisión, la calificación de una manifestación unilateral como reserva o declaración interpretativa está determinada por los efectos jurídicos que su autor tiene por objeto producir respecto de sí mismo y en sus relaciones con los otros Estados Partes.

En efecto, este órgano de las Naciones Unidas entiende por declaración interpretativa una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido

---

(41) “La interpretación de los instrumentos jurídicos dada por las partes en ellos, aunque no es concluyente para determinar su sentido, tiene un gran valor probatorio cuando en esa interpretación una de las partes reconoce sus obligaciones en virtud de un instrumento”. Doc. A/CN.4/614 de 2 de abril de 2009, p. 24.

(42) Informe de la CDI, 2011, Doc. A/66/10/Add.1, p. 25.



o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones (43). Resulta relevante la locución “con objeto de” porque deja ver claramente la intención de un Estado y conlleva consecuencias jurídicas en la medida que busca producir determinado efecto jurídico. Además, como bien aclara la Comisión, interpretar no significa revisar, por ello es que algunas declaraciones tienen por finalidad aclarar el sentido o fijar el alcance material de alguna disposición, mientras que otras limitan la eficacia temporal o espacial del tratado en el orden internacional. La incluida en el acto de ratificación de la “Convención sobre los Derechos del Niño” es del primer tipo, motivo por el cual no constituye una reserva, pero de esta comprobación la Corte Suprema no puede deducir que no tenga efectos jurídicos de índole internacional o interno ya que, como veremos más adelante, no es un acto autónomo.

Su razonamiento va enlazado con otra afirmación: que la declaración interpretativa *no vendría a alterar lo dispuesto por la Convención en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional* por no ser una reserva. Aquí está haciendo referencia a la locución “en las condiciones de su vigencia” con la finalidad de excluirla en la interpretación del tratado. Huelga decir que del hecho que al momento de la reforma constitucional de 1994 algún convencional les haya restado valor respecto de la frase “en condiciones de su vigencia” incorporada en esta disposición no puede derivarse que las declaraciones no lo tengan, pues ello dependerá de que tal interpretación también haya aceptada, expresa o tácitamente, como válida por otros Estados Partes en el tratado (44). Tampoco hay que olvidar que los tratados tienen por finalidad poner de manifiesto intereses comunes y su ratificación representa la voluntad soberana de un Estado vinculada a la aplicación interna del mismo. Es también de observar que la misma Corte ha venido afirmando que los tratados deben ser aplicados e interpretados conforme al derecho internacional.

Por ejemplo, el reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional es un acto unilateral de un Estado con respecto a ese tratado y, a veces, va unido a reservas o declaraciones interpretativas que limitan el accionar del órgano judicial en su aplicación e interpretación. Si bien una declaración que inhabilite la actuación de un tribunal internacional no borra la violación a las normas de un tratado, tampoco puede negarse que manifiesta cuál es la condición de vigencia del mismo. Así, al examinar la declaración interpretativa formulada por México al momento de la ratificación de la

---

(43) Directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas), p. 64.

(44) La Corte pareciera haberse hecho eco de los argumentos esgrimidos por la Defensoría Oficial de la Nación que cita tres párrafos de una intervención producida durante el debate en el seno de la Asamblea Constituyente de 1994, 3 de agosto de 1994, que resta valor internacional a las declaraciones interpretativas. Por caso sólo cita la intervención solicitada por el señor convencional Raúl Alfonsín, relativa a la jerarquía de los tratados internacionales y de redacción bastante confusa, que afirma que la frase “en condiciones de su vigencia” deberá interpretarse como las condiciones de vigencia en sí del tratado y no a las condiciones de vigencia en nuestro país, que sólo las reservas formuladas “internamente” y que resultaron aceptadas entran dentro de las “condiciones de su vigencia”, y que las declaraciones interpretativas podrían ser retiradas o modificadas por simple mayoría del Poder Legislativo (p. 3096 a 3100). Tal como afirma la CDI, “en la interpretación del tratado también se tendrán en cuenta, cuando proceda, las reacciones de aprobación u oposición a la declaración interpretativa de otros Estados contratantes y organizaciones contratantes”. Informe de la CDI, 2011, Doc. A/66/10/Add.1, p. 565.

“Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” con el objeto de limitar su alcance temporal la Corte Interamericana se expidió reconociendo su validez internacional. Fue en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (45), resuelto en 2009, donde explicó: “La ‘declaración’ realizada por México permite aclarar el sentido o alcance temporal respecto a la aplicación de la CIDFP. Del sentido corriente de sus términos, se desprende claramente que las disposiciones de tal instrumento son aplicables a hechos que se *ejecuten o cometan* con posterioridad a su entrada en vigor. A la luz del artículo 31 de la Convención de Viena, este Tribunal ha afirmado que el ‘sentido corriente’ de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado. Asimismo, el Tribunal ha sostenido que el ‘sentido corriente de los términos’ debe analizarse como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece” (46).

Dos años más tarde el tribunal reiteró su anterior criterio. En el asunto *Grande vs. Argentina* (47) decidió el archivo de la causa al considerar que “Argentina reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 5 de septiembre de 1984 y en su declaración interpretativa indicó que el Tribunal tendría competencia respecto de ‘hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación’ de la Convención Americana, efectuada en esa misma fecha. Con base en lo anterior y en el principio de irretroactividad, la Corte en principio no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado que pudieran implicar su responsabilidad internacional son anteriores a dicho reconocimiento de la competencia” (48). En el instrumento de ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos consta el reconocimiento de competencia que textualmente expresa: “*Reconocimiento de Competencia: En el instrumento de ratifica-*

---

(45) “Al respecto, el Tribunal advierte que el artículo 14 de la Constitución Política mexicana, al que hace referencia la declaración interpretativa dispone, *inter alia*, que ‘[a] ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.’ Con base en lo anterior, el Estado adujo que ‘[l]a limitación temporal de México a la CIDFP es admisible [...] ya que la [...] Corte sí puede conocer sobre desapariciones forzadas ejecutadas con posterioridad al 9 de abril de 2002. [...] Toda vez que la limitación del Estado mexicano al instrumento [...] se refiere a hechos que se ejecuten con anterioridad al 9 de abril de 2002, la [...] Corte se encuentra impedida para conocer sobre hechos o actos que se cometieron o se ejecutaron antes del 9 de abril de 2002, y cuyos efectos se consumaron en ese acto’. Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 29.

(46) *Ibíd.*, párr. 30.

(47) Caso *Grande vs. Argentina. Excepciones preliminares y Fondo*. Corte IDH, sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 37.

(48) El reconocimiento de competencia hecho por Argentina el 5 de septiembre de 1984 señala que “[e]l Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinidos y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la [...] Convención, con la reserva parcial teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación. Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Argentina, reconocimiento de competencia” (Nota 6 de la sentencia citada).

*ción de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación. Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento".* De lo transcrito se desprende que Argentina confirmó la validez de su reserva y declaraciones interpretativas y la Corte Interamericana, último intérprete de la Convención, homologó esta posición.

Igualmente, las condiciones de vigencia internacional del tratado deben ser analizadas con todos sus elementos: el texto y el contexto. Tal como rige en ese ámbito rige en el interno y en virtud del *principio de buena fe* una reserva o una declaración produce efectos jurídicos para el Estado que la realiza por aplicación de la *regla de los actos propios* y anticipa cuál es su posición ante posibles controversias que involucren la aplicación de una o más disposiciones del tratado. Al respecto resulta clara la Comisión de Derecho Internacional cuando transcribe el siguiente pensamiento de Yassen: *"El Estado que hace una declaración interpretativa declara que, a su juicio, hay que interpretar de un modo determinado el tratado o uno de sus artículos; atribuye un valor objetivo y general a tal interpretación. En otros términos, se considera obligado por el tratado pero desea, por escrúpulo, expresar su parecer acerca de la interpretación que le da"* (49). Y añade: *"Así pues, de la práctica y de los análisis doctrinales se desprende que las declaraciones interpretativas solo intervienen como medio auxiliar o complementario de interpretación, a fin de corroborar el significado de los términos del tratado a la luz del objeto y el fin de este. Por tanto, no producen efectos autónomos: cuando surten efectos, están asociadas a otro instrumento de interpretación al que, en la mayoría de los casos, sirven de apoyo* (50) (...) *aunque la declaración, en sí misma, no cree derechos y obligaciones para su autor o para las demás partes en el tratado, puede impedir que su autor esgrima una posición contraria a la expresada en ella"* (51).

Es interesante la frase *cuando surten efectos, están asociadas a otro instrumento de interpretación al que, en la mayoría de los casos, sirven de apoyo*, pues una referencia de utilidad la constituye el Preámbulo de la "Convención de los Derechos del Niño" uno de cuyos párrafos afirma: *"Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos de Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*. Si a este párrafo lo relacionamos con la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" comprenderemos su valor. Este acuerdo fija que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos

---

(49) Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2011, Doc. A/66/10/Add.1, p. 566.

(50) *Ibíd.*, p. 574.

(51) *Ibíd.*, p. 575.

del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art.31.1) y que para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos, todo acuerdo que se refiera al tratado (...) y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado (art.31.2).

Dichas fórmulas interpretativas sumadas a la reciente jurisprudencia interamericana *ut supra* citada y a lo expresado por la Comisión de Derecho Internacional, nos conducen a tres resultados inversos a lo aseverado por la Corte: 1) Las declaraciones interpretativas no son parte del tratado como tampoco lo son las reservas, pues si la interpretación estuviera en el mismo tratado no sería una declaración, pero nunca son indisolubles del mismo al momento de interpretarlo (52); 2) que el texto de un tratado comprende también el preámbulo y que el de la Convención no limita la protección al nacimiento del niño confirmando la efectividad internacional de la declaración interpretativa de Argentina; y, 3) que los actos de carácter unilateral, como las declaraciones interpretativas formuladas en el acto de ratificación, son instrumentos formulados por una parte y aceptados por las demás con relación al tratado, no forman parte del texto, preámbulo y anexos incluidos, pero sí del contexto del mismo, no pudiendo prescindirse de ellas al momento de interpretarlo, tanto más si están vinculadas al texto como sucede con el de la Convención (53).

Por lo que, seguir el camino propuesto en este fallo nos llevaría a pensar que las declaraciones formuladas por Argentina a la Convención Americana a los artículos 5, 7 y 10 son de ninguna importancia en la esfera interna (54), que ahora la Corte quiere alejarse de su propia doctrina iniciada en *Analía M. Monges c/ Universidad de Buenos Aires* (1995) (55) al obviar lo establecido en el inciso 23 del artículo 75 (56) cuya incorporación

---

(52) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1998, Vol. II. Primera Parte, p. 396 y 398.

(53) DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados internacionales*. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1997, p. 225. MORELLI, M. *Derechos humanos y argumentación en el caso de la anencefalia. Consideraciones jurídicas-filosóficas con referencia a un caso judicial*. Bioética y Bioderecho, p. 30 y ss.

(54) Declaraciones interpretativas: "El artículo 5, inciso 3, debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes". "El artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la 'detención por deudas' no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente". "El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el 'error judicial' sea establecido por un Tribunal Nacional".

(55) "Que, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución -entre ellas, el inc. 19 del art. 75- aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente".

(56) Art. 75, inc. 23: "Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental..."

resultó trascendente para los convencionales constituyentes y de lo que afirmara en *Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (Resol. 409/01)* (57) y, por último, que la “Convención sobre los Derechos del Niño” fue incluida dentro de la enumeración de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en las condiciones de vigencia de ese momento, las que aún no han sido alteradas. Por otro lado, pareciera que el alto tribunal no se interesó en constatar que ningún Estado u organización internacional objetó la reserva u observó las dos declaraciones interpretativas formuladas por Argentina por no oponerse al objeto y fin del tratado.

Trátase de reservas o de declaraciones interpretativas un juez nacional no puede desconocerlas, pues de ellas se desprende cuál fue la intención de nuestro país al momento de ratificar el acuerdo y constituye una práctica necesaria para conocer cuáles son las condiciones de vigencia de un tratado en el orden internacional e interno. A lo que se suma que la declaración cuestionada ha sido convalidada por el constituyente en el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional y por legislación posterior, tal como sucede con la ley nacional 26.061 de 2005 (58). Las condiciones de vigencia de los tratados no sólo apuntan a la esfera internacional sino también a las reglamentaciones nacionales que otorgan mayor protección en materia de derechos humanos (59), caso contrario la frase “y, en general, desde el momento de la concepción” incluida en la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” no tendría ningún sentido. Incluso podría llegar a sostenerse que el artículo 1° de la ley 24.080 de 1992, que preceptúa que además de los tratados deben ser publicados en el Boletín Oficial el texto del instrumento de ratificación con las reservas y declaraciones interpretativas, no obliga al poder judicial.

De cualquier forma de la sentencia de la Corte Suprema sólo puede inferirse que el caso particular -embarazo producto de una violación de una niña por su padrastro- entra dentro de las interrupciones del embarazo no punibles, también llamados abortos terapéuticos y que, ante la ausencia de precisión legal, podrían realizarse en cualquier estadio de la gestación, pero nunca que el aborto sea una práctica general admitida (60), ya que los supuestos del artículo 86 del Código Penal constituyen excepciones a la pe-

---

(57) “Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona “por nacer”, vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión (CSJN. *Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD.HH. - art. 6 ley 24.411 (Resol. 409/01)*, sentencia de 28 de febrero de 2006, considerando 11).

(58) “Art. 2. Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño (Ver Texto) es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad”.

(59) Algunos acuerdos disponen que no podrá admitirse restricción o menoscabo de derechos humanos fundamentales reconocidos en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que dichos tratados no los reconoce o los reconoce en menor grado, como por ejemplo, el art. 29, b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(60) Aunque se diga que la jerarquía constitucional de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” autoriza el aborto en general por vía de los llamados dere-

nalización. Atiéndase que aun cuando la Corte no lo haya contemplado, en este asunto claramente debió aplicarse el principio del interés superior del menor, ya que los peligros para su salud o su vida eran ciertos (por ejemplo, tentativa de suicidio), exigiendo que el juzgador se incline por los derechos del niño nacido frente a los del no nacido. Por lo demás, como el derecho internacional de los derechos humanos es un plexo normativo que debe ser interpretado armónicamente, el obligar a una niña violada a culminar con un embarazo de tales características presupone una violación a artículos de la misma “Convención sobre los Derechos del Niño” (por ejemplo, el art. 6) y de otros acuerdos, entre otros la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes” de 1984 (61).

Este último tratado también es aplicable a la mujer mayor de dieciocho años que ha sufrido una violación toda vez que su vida o salud peligre gravemente a consecuencia de ese ilícito y en situaciones en las que haya certidumbre científica que el nacimiento es inviable, siendo correcta la interpretación del alto tribunal respecto a la no punibilidad en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos que prohíbe la discriminación. Pero, también estimamos que ello nunca puede constituirse en un argumento que justifique un acto de violencia o una condena a muerte sobre la persona inocente y que, aún cuando el Estado tenga cierto margen de apreciación en la reglamentación de los derechos, en caso de conflicto normativo el principio *pro homine* debe ser aplicado favoreciendo a quien se halle en la situación más indefensa.

Por último, disentimos en cuanto a la superficialidad con que aborda el tema respecto de los profesionales de la salud, por cuanto sugiere que bastaría la declaración y consentimiento de la mujer para que éstos carguen con la responsabilidad médica de interrumpir un embarazo originado en una presunta violación al descartar elementos que confirmen tal ilícito (*vg.* cuando por el tiempo transcurrido no es posible detectar que la mujer ha sido violada), o tener en cuenta el estadio de embarazo en que ésta se encuentre, como si un aborto fuera un mero trámite administrativo (62). ♦

---

chos reproductivos, el principio del interés superior del menor restringe tal expectativa dando un marco de racionalidad a tal derecho en el sentido que el aborto no sea punible bajo ciertas condiciones.

(61) Si dirigimos nuestra mirada hacia los ilícitos más graves para la humanidad juzgados por los tribunales penales internacionales (ex Yugoslavia, Ruanda, Corte Penal Internacional) conoceremos que la violencia sexual contra las mujeres niñas o adultas les llevó a una pesadilla, en la que se entremezclaron los suicidios, los abortos y ostracismo social de aquellas que habían decidido tener a sus hijos.

(62) “Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal” (pár. 27).