

Area 1: “Persona Humana”. Tema 12: “Los Der. Humanos ... “

## **EL CONCEPTO DE NIÑO, IMPLICANCIAS CON RELACION:**

- **Al empleo de ciertos términos para aludir a los niños**
- **El artículo 86 (segundo párrafo) del Código Penal; la inicua subsistencia de dos normas violatorias a los Derechos Humanos**
- **Argentina ante el CEDAW**

Por **Miguel Carrillo Bascary**

**Resumen:** Esta ponencia se fundamenta en nuestra otra presentación: “*El Concepto de Vida Humana – Aporte desde el Derecho de los Derechos Humanos*”. Desarrolla tres aplicaciones teóricas de la construcción argumental que les sirve de base:

- Reflexionamos a) sobre las implicancias y la importancia de usar el vocablo “niño” para referirse a la persona desde el momento de su concepción; evitando las connotaciones contrarias a la dignidad humana a que dan lugar otros términos y; b) revelar los eufemismos que intentan disimular la existencia real y definitiva de un ser humano.
- Fundamentamos en rápida pero contundente síntesis que los dos casos de abortos no penalizados por el Cód. Penal son normas aberrantes, violatorias de los derechos humanos; que deberían ser derogadas; sin perjuicio de brindar la mayor asistencia posible a la mujer comprometida.
- Señalamos, que la reciente aprobación del llamado “Protocolo CEDAW” no implica modificar la tradicional posición argentina; que reconoce la existencia humana desde la concepción. Ubica a este instrumento en el marco del Derecho Constitucional vigente. Esboza algunas respuestas en caso que se intentara operar por vía CEDAW contra de las obligaciones asumidas por Argentina al integrarse en el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos.

### **Referencias personales:**

Abogado (U. Nac. Rosario) y Profesor en Cs. Jurídicas (U. Católica Argentina)  
Profesor Titular del núcleo “Der. Constitucional en la Familia en otras ramas del Derecho” (postgrado de especialización en Der. de Familia – UNR)  
Prof. Adj. concursado: Der. Constitucional (UNR); Der. Humanos (U. A. Interamericana)  
Fue docente en postgrados y Doctorado, en la Fac. de Derecho del Rosario (U.C.A.)  
Miembro fundador y titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional  
Becario Univ. de Utrech (Países Bajos) y Univ. Diego Portales (Santiago de Chile)  
E. Ríos 480 (2000/ Rosario). Tel/fax: 0341-4218991. Correo: [mcarrillo@arnet.com.ar](mailto:mcarrillo@arnet.com.ar)  
Fac. Derecho (UNR) – Córdoba 2020 – Fax: 0341-4802637  
Fac. Derecho (UAI – Sede regional Rosario) – Pellegrini 1618 – Fax: 0341-4408010

## EL CONCEPTO DE NIÑO, IMPLICANCIAS CON RELACION:

- **Al empleo de ciertos términos para aludir a los niños**
- **El artículo 86, segundo párrafo, del Código Penal; la inicia subsistencia de dos normas violatorias a los Derechos Humanos**
- **Argentina ante el CEDAW**

Por **Miguel Carrillo Bascary**<sup>1</sup>

### Introducción

En este mismo Encuentro hemos formulado en otra ponencia, titulada: “*El Concepto de Vida Humana – Aporte desde el Derecho de los Derechos Humanos*”, que esta particular rama del saber jurídico, y también el derecho positivo de nivel constitucional, avalan que se reconozca la existencia de un “niño” y por ende, de un ser humano, desde el momento de la concepción. Remitimos a dicha presentación para una mayor fundamentación de la que hoy analizamos.

De ello resulta que esa persona, desde el instante mismo de la concepción, posee un cúmulo de derechos connaturales, entre los cuales el derecho a la vida es absolutamente primario.

Esta construcción parte de la autorizada declaración formal emitida por la Academia Nacional de Medicina (fecha el 28 de junio de 1994) que da certeza científica al hecho de que la vida humana surge con la fecundación.

En el ámbito jurídico, se fundamenta en el principio *pro homini* aceptado como valor fundamental del sistema internacional de los Derechos Humanos; en las referencias pertinentes a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; en los arts. 1º y 6 de la Conv. de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país por Ley 23.849 y en la declaración interpretativa formulada respecto del art. 1º al momento de sancionarse la ley y al depositar el instrumento de ratificación ante la autoridad del Secretario General de las Naciones Unidas.

---

<sup>1</sup> Abogado (U. Nac. Rosario) y Profesor en Cs. Jurídicas (U. Católica Argentina). Profesor Titular del núcleo “Der. Constitucional en la Familia en otras ramas del Derecho” (postgrado de especialización en Der. de Familia – UNR) Profesor Adjunto por concurso: Der. Constitucional I y II (U. N. Rosario); Der. Humanos y Der. Constitucional (U. Abierta Interamericana). Fue docente en diversos postgrados y en el Doctorado, en la Fac. de Derecho del Rosario (U.C.A.) Miembro fundador y titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Becario Univ. de Utrech (P. Bajos) y Univ. Diego Portales (Santiago de Chile). Vicepresidente del Centro de Estudios de Políticas Locales (FD- UNR). E. Ríos 480 (Rosario). Tel/fax: 0341-4218991. Correo: mcarrillo@arnet.com.ar. Ref. institucionales: Fac. Derecho (UN Rosario) – Córdoba 2020 Fax: 0341-4802637 y Fac. Derecho (UAI) – Pellegrini 1618 (2000/Rosario) Fax: 0341-4408010.

Considerando lo expuesto se reconoce ampliamente, que un “niño” es sujeto de protección por la ley, la familia, la sociedad, el Estado y la comunidad internacional desde el preciso momento en el que se produce su concepción

Que en consecuencia, desde ese mismo instante adquiere el derecho a la tutela de su vida y a su desarrollo natural.

## **1. LA CUESTIÓN DEL EMPLEO DE CIERTOS TERMINOS PARA ALUDIR A LOS NIÑOS**

Obviamente que si luego de la fecundación “hay un niño”, desde ese mismo momento existe la “persona humana”

Sin embargo; el lenguaje coloquial, en algunas ocasiones y, en otras, la terminología técnica, suelen referirse a esta persona con vocablos que la “despersonalizan” o lo que es similar, con denominaciones que pueden “cosificarla”, haciendo que la opinión pública asuma las facetas disvaliosas de tal adjetivación.

Veamos un ejemplo: a nadie escapa que el término “feto” tiene una valoración negativa en el lenguaje popular. Alude a “algo repugnante”, degradado, sucio. Nada que ver con el alcance preciso que implica en el lenguaje de la Biología. Por lo tanto, si en el inconciente popular la palabra “feto” tiene connotación negativa ello determina que los fetos sean despersonalizados, transformados en una “cosa repugnanate”, circunstancia que contribuye a configurar la posibilidad de que puedan ser abortados.

Por otra parte, la Biología nos especifica diversos grados de evolución de la persona. Por ejemplo: embrión, blastocito, etc.

En el ámbito científico es válido y, además, muy propio utilizar estos y otros vocablos similares. Empero, en el lenguaje popular estas palabras técnicas suenan extrañas, incomprensibles, lejanas. Por ende la interpretación usual no reconoce las condiciones de humanidad que subyacen en las mismas.

Algo similar ocurre con el vocablo “nasciturus”. Pocas personas además de las que se desempeñan en el ámbito de las Cs. Jurídicas conocen que se refiere a aquél ser humano cuyo nacimiento todavía no ocurrió.

Una tercera cuestión, pensemos: ¿cómo nos referimos a los niños que conviven con nosotros? Respondemos espontáneamente: nene; chico, chango, guagua, pibe, según sean nuestras pautas culturales y localismos.

Pero nunca los llamamos “menor”, aunque este término se emplea en el Código Civil para referirse a toda persona que no posee mayoría de edad. En el lenguaje coloquial el vocablo “menor” nos remite, casi invariablemente, al niño en conflicto.

Veamos, las noticias nos cuentan que ayer fue aprendido “un menor” que robó en un domicilio; que “una banda de menores” agredió a un anciano; que “un menor fue detenido portando cierta cantidad de droga”; que “un menor fue dado en adopción” (ni más ni menos que si fuera una cosa); etc.

Es así que el término “menor” estigmatiza, discrimina al niño al que se refiere. En el uso cotidiano denota a un “otro”, a un antisocial, que es reprensible, peligroso, del que “hay que cuidarse”; o a quién al ser víctima de diversas situaciones sociales se presenta como un ser demandante de la atención de la sociedad y, como tal, alguien que (inculpablemente) está en situación de marginación.

Lo dicho hasta aquí determina la necesidad de que quiénes procuramos promover la cultura de la vida y en particular, cuando aludimos a la persona aún o nacida; cuando escribamos doctrina o hablemos ante auditorios poco preparados o en medios de difusión masiva, deberíamos referirnos al por nacer, como “niño”, empleando siempre este término, desde el momento de su concepción hasta el parto y luego, hasta que cumpla los 18 años. Excepto que lo hagamos en un ámbito (clase, documento, publicación, etc.) donde sea preciso utilizar el lenguaje técnico que las circunstancias convaliden.

La realidad nos señala que muchas personas intentan disimular ante la opinión pública su posición a favor del aborto. Surge así el eufemísticamente llamado “descarte embrionario”; y de otras conductas que implican experimentaciones y prácticas que afectan o pueden afectar la vida o la integridad del niño no nacido. Por ello se niegan a reconocer la validez jurídica del término “niño”, tal como resulta de la declaración argentina al art. 1º de la CDN.

Más aún, suelen apostrofarnos a los que fundamentamos la validez del uso del vocablo “niño” en tan temprano momento de su vida, diciendo que nuestra actitud es “un golpe bajo” (sic) por lo que pretenden descalificar nuestra postura y negar nuestra forma de expresarnos.

Más allá del dogmatismo y de la intolerancia que implica tal actitud ella está viciada desde su origen pues la argumentación que sustenta nuestra posición no solo es legal, también es exacta a la luz del Derecho y por ende también es lógica y justa.

En forma similar, cuando se alude a una persona menor de 18 años en conflicto con la ley o en situación de desamparo deberíamos evitar en lo posible mencionarlo con la palabra “menor”, utilizando en su reemplazo el término “niño”. Desde el punto de vista legal no hay ninguna necesidad de decir “menor”, el vocablo niño lo sustituye en forma integral y es obvio que posee connotaciones mucho más positivas.

De esta manera contribuiremos a promover el reconocimiento de la debida dignidad de ser humano a los niños comprendidos en tan particulares circunstancias.

## **2. El artículo 86 (segundo párrafo) del Código Penal; la inicua subsistencia de dos normas violatorias a los Derechos Humanos**

En numerosos casos difundidos ampliamente por la prensa se ha ventilado la aplicación del Código Penal (párrafo segundo del art. 86) como justificación para la práctica de un aborto.

No vamos a detenernos en el desarrollo de estos casos por considerarlos conocidos de todos en el particular ámbito de este Encuentro.

En lo concreto los invito a reflexionar sobre el tenor de las normas aludidas y a los dos tipos de aborto implicados, con relación al encuadre jurídico que presiden los antecedentes de la cuestión. Para ello formulamos una pregunta mayéutica:

¿Cómo operan las conclusiones formuladas hasta aquí y aquellas que se desarrollan en la ponencia “*EL CONCEPTO DE VIDA HUMANA – APORTE DESDE EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS*” con relación a los dos casos de despenalización del aborto contenidos en el Código Penal?

No se precisa ser abogado para contestar. La respuesta indica que si el C. Penal es una simple ley. Y si la Conv. de los Derechos del Niño, por efecto de la Constitución reformada, tiene un valor superior a una ley (según lo dispone el art. 75, inc. 22 C. N.), ya que ha sido constitucionalizada, es lógico que el Código no puede autorizar esas modalidades de aborto pues en su caso se le dará mayor valor que a la propia CDN y, aún, que a la Constitución nacional.

O sea, que desde 1994 el segundo párrafo del artículo 86 del Cód. Penal es lisa y llanamente inconstitucional. Bajo esta condición los dos supuestos allí aludidos no pueden ser aplicados, es mas deberían haber sido expresamente derogados hace largo tiempo; si es que el Estado argentino desea cumplir con coherencia las claras obligaciones que asumió ante la comunidad internacional al cuando el Congreso nacional, por unanimidad, aprobó la Ley 23.849 y luego, cuando el Ejecutivo dispuso ratificar la Convención de los Derechos del Niño.

Esto no implica que desde nuestra postura se intente “penalizar” a una mujer comprendida en tan especialísimos casos como los contenidos hoy en el segundo párrafo del art. 86 del C. Penal. Nada de eso. Los jueces tienen un amplio campo para discernir su responsabilidad y aún para no sancionar. Pueden invocando razones de obnubilación de conciencia; falta de libertad, coacción moral del entorno; violencia y aún de la incapacidad de la madre abortante.

Paralelamente y con la prudencia que demanda la situación se deberá estudiar (tanto en general como en cada caso en particular) la posibilidad excusar a la madre que provoque o consienta su aborto; pero jamás exonerar de responsabilidad al entorno que la induce al aborto o que coopera para producirlo o para facilitararlo mismo.

Más que presentar iniciativas que promuevan o despenalicen el aborto o las prácticas aberrantes sobre el niño no nacido lo que la sociedad y el Estado deben hacer es trabajar en las causas que lleven a situaciones tan críticas como las aludidas por el Código. Por obvio creo que no es necesario aquí abundar sobre el tenor de estas tan justas y necesarias acciones. No quisiera perder de vista el objetivo de esta comunicación.

El hecho de que hasta ahora no se haya reformado el C. Penal para eliminar las dos causales permisivas es todo un anacronismo. Esta flagrante incoherencia normativa

busca ser ocultada por los sedicentes “progresistas” que abogan, no solo por mantener estas normas, aún más, procuran ampliar sus alcances<sup>2</sup>.

En muchos casos su posición apenas disimula una mala fe, en contra de la aplicación del tratado (CDN), pues como legisladores u hombres y mujeres de suficiente formación intelectual no pueden ignorar que una ley como el C. Penal posee un valor normativo inferior a otra que goza de jerarquía constitucional: la CDN con su declaración aditiva (ley 23.849)

Desde la actual concepción del Derecho no hay más que una solución: eliminar las causales de despenalización del aborto previstas en el C. Penal y evitar que continúen continuen empleándose para autorizarlo desde el propio Estado, cuando éste debería ser celoso protector de la vida de niños tan desprotegidos.

En consecuencia, los supuestos del segundo párrafo del art. 86 del Cód. Penal deben derogarse por encubrir prácticas contrarias a los Derechos Humanos y violar flagrantemente las obligaciones internacionales contraídas por nuestro País.

Recordemos aquí que Argentina también se comprometió al ratificar la CDN (art. 2º) a: “respetar los derechos enunciados en la presente Convención y a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción”, sin distinción alguna (no podemos distinguir en consecuencia entre nacido y no nacido) y, además: como Estado parte nuestro país se obligó a: “tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo a causa de su condición”. Lo entre paréntesis nos pertenece.

O sea, que Argentina no puede discriminar a los niños por ser nacidos o aún no serlo; tampoco por que sean concebidos por una madre demente o idiota; ni por ser consecuencia de una violación; o cuando el embarazo coloque a la madre en situación de peligro para su vida.

Tampoco es válido que se invoque como causal cohetánea a la última de las hasta aquí nombradas que la madre embarazada puede perder la vida y dejar así a otros hijos (quizás de muy corta edad o discapacitados) en situación de horfandad. Aún en tan dramáticos casos tendremos, por un lado el derecho a vivir y a desarrollarse del niño no nacido y, por el otro los derechos de sus hermanos de contar con la asistencia de su madre. En lo concreto no hay opción, debe protegerse al ser más débil, obviamente al niño no nacido.

Las discriminaciones que entrañan las conductas y situación puntualizadas son aberrantes para el Derecho de los Derechos Humanos.

En consecuencia y como ya lo anticipáramos, para el Derecho argentino y para el Derecho Internacional de los Der. Humanos, vigentes en nuestro país solo hay una actitud frente a los dos casos de despenalización del aborto contenidos en el Cód. Penal: su derogación lisa y llana.

Su mera subsistencia:

---

<sup>2</sup> Recordar aquí las recientes y públicas manifestaciones del Ministro de Salud, Ginés Gonzalez García.

- Es contraria al principio de supremacía constitucional; al principio pro homini; a los compromisos internacionales asumidos por Argentina;
- Discriminan en forma injusta y aberrante, a los niños implicados y por eso son aberrantes para los Derechos Humanos.

### **3. LA INTANGIBILIDAD DE LA DECLARACION ARGENTINA SOBRE EL ART. 1º DE LA CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO ANTE EL “PROTOCOLO CEDAW”**

En los últimos años y como consecuencia de la radicalización de ciertas doctrinas que exacerban el rol de la mujer se ha avanzado en el concepto de los llamados “derechos reproductivos”. Entre éstos se halla el sedicente derecho de la mujer de “disponer de su cuerpo”, eufemismo que disimula una suerte de derecho al aborto del niño que gestan. Existe un tratado, la “Conv.<sup>3</sup> contra la Discriminación de la Mujer” (CDM) que suele citarse como base normativa provista por el Derecho de los Der. Humanos para justificar tal supuesto “derecho”. Pero lo cierto es que la Convención en ninguno de sus artículos proclama enfáticamente el derecho al aborto.

Quienes postulan esta posición identifican como su fundamento específico a los arts. 10, apartado h; 12, 16, apartado e; entre otros.

La CDM crea también un órgano<sup>4</sup>, no judicial, encargado de analizar las acciones y aún las omisiones que realicen los Estados partes con respecto a las obligaciones contraídas en virtud de la convención.

Esto se concreta a través de informes periódicos, donde el Estado expone sus esfuerzos e inconvenientes al respecto, mientras que el Comité le formula sugerencias y observaciones, mocionando para que aquél mejore sus estándares de cumplimiento.

Recientemente nuestro país aprobó un tratado complementario a esta Convención que se denomina corrientemente como “Protocolo<sup>5</sup> CEDAW” situación que algunos detractores de la protección del niño no nacido interpretan como una verdadera victoria para las posiciones proaborto. El neologismo “CEDAW” alude específicamente al Comité contra la Discriminación de la Mujer, cuyas siglas en inglés forman el término CEDAW.

Primeramente trataremos de poner en común algunos aspectos. La CDM también es un tratado constitucionalizado y, por lo tanto, de similar jerarquía que la CDN. Ha sido ratificado por 170 estados. El Protocolo CEDW cuenta con 47 estados partes hasta ahora y no posee jerarquía constitucional.

---

<sup>3</sup> La Convención fue aprobada por Argentina mediante Ley N° 23.179 de 1985. La Reforma de 1994 le dio jerarquía constitucional en el inc. 22, del art. 75.

<sup>4</sup> El “Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer” (art. 17.1 de la CDM)

<sup>5</sup> Aprobado por Ley N°26.171 del año 2006.

Este Protocolo establece un mecanismo de peticiones (literalmente denuncias) al alcance de quién considere violados alguno de los derechos y garantías mencionados en la CDM; por las cuáles se solicita al Comité que tras el procedimiento previsto y de verificar la base del reclamo promueva a que el Estado asuma o modifique sus prácticas o su legislación con relación al derecho implicado. También es factible que estas peticiones sean presentadas por grupos de personas o por organizaciones no gubernamentales-

Reiteramos, el Protocolo no crea un recurso ante un tribunal internacional, sencillamente porque el Comité no es un órgano judicial. En consecuencia, sus decisiones no son obligatorias para el Estado involucrado. Son recomendaciones de evidente trascendencia, pero que no obligan por sí mismas, sencillamente porque no son sentencias.

Ante la eventualidad de que se plantee el caso, en que una persona procure abortar o que alguna organización intente promover que se sancione una legislación permisiva del aborto y que invoque algún artículo de la CDM; cabe esperar que en contrario el Defensor público que representa los derechos del niño (si se trata de un caso judicial en concreto) o los organismos públicos competentes alegarán que el derecho a la vida del niño no nacido (tal como está definido en la CDN con su cláusula interpretativa del art. 1º)<sup>6</sup> implica su adecuada protección y, por ende, que la pretensión no debe prosperar por ser contraria a la dignidad de la persona y al principio de supremacía normativa.

Para el juez llamado a resolver en un caso concreto no debería haber ninguna opción, indefectiblemente deberá proteger al niño. Igual ocurrirá con el resto de los órganos estatales, si el reclamo es indeterminado y general.

En tal situación el niño no nacido es el ser más indefenso; a quien el Estado debe amparar (recordar el art. 6 CDN y las consideraciones que formuláramos en nuestra citada ponencia).

Entre los deseos de la madre (en un caso concreto) y aún entre el peligro de su vida, no puede preferirse eliminar el niño indefenso. Pues una decisión en contrario sería absolutamente opuesta al deber de proteger los derechos humanos del más desvalido. Igual ocurre si el reclamo es de alcance general o indeterminado; o si proviene de una organización no gubernamental o de algún grupo de personas.

Así lo indica el mandato que señala el deber de dar condigna garantía a los derechos de los más desprotegidos, tal como está consagrado por el Derecho de los Derechos Humanos y plasmado, entre otros pautas, por el principio *pro homini*.

Es así que podemos formular las siguientes puntualizaciones:

- En primer lugar, el CEDAW no tiene poder para obligar al Estado argentino pues sus decisiones no son sentencias.

---

<sup>6</sup> En nuestra ponencia ya citada demostramos cabalmente que la declaración argentina sobre el art. 1º de la CDN posee naturaleza jurídica de reserva “aditiva” y que al otorgar un plus de protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención es un principio de derecho internacional imperativo (art. 53, Conv. de Viena sobre el Derecho de los Tratados” en virtud del principio “pro homini”).



- En segundo, el CEDAW, no puede promover que se elimine la protección del niño no nacido, pues la obligación de protegerlo desde su concepción ha sido ya comprometida por nuestro país cuando formuló la declaración relativa al art. 1º de la CDN.
- Aún si así lo hiciera, el CEDAW estará apañando una contradicción evidente a la doctrina de los Derechos Humanos que son base fundamental del sistema internacional vigente.
- Ante una eventual acción del CEDAW que llegara a comprometer en lo concreto o en abstracto la vida del niño no nacido, también existe el derecho de otros grupos de personas o de una organización no gubernamental para presentarse ante el mismo CEDAW o ante otros organismos internacionales de Derechos Humanos para impetrar la tutela efectiva de la existencia y de los derechos de los niños no nacidos.



*IV Encuentro Nacional de Docentes Universitarios Católicos*  
*[docentes@enduc.org.ar](mailto:docentes@enduc.org.ar) - [www.enduc.org.ar](http://www.enduc.org.ar)*