

VI. El aborto desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*

Oscar L. Fappiano
Juan Carlos Hitters

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho de los tratados y su aporte en la cuestión bajo análisis. 3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. Los organismos de las Naciones Unidas. 6. A modo de final. Bibliografía.

El pronunciamiento más próximo a la problemática del aborto según la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, actualmente en debate, es el vertido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Baby Boy*, en el que se inclinó por considerar ajustada a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) la legalización del aborto, considerando, asimismo, que la inclusión de la frase “y en general” no causaba diferencias hermenéuticas entre la Declaración y la Convención americanas.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como única pretensión efectuar un aporte técnico-jurídico-descriptivo desde el plano del derecho

* Publicado en *La Ley* el 26 de julio de 2018, 1 - LA LEY2018-D, 625. Cita online: AR/DOC/1480/2018.

internacional de los derechos humanos, en lo atinente al actual debate acerca de la llamada “legalización” o “despenalización” del aborto, sin emitir opinión sobre el particular, la que dejamos librada al criterio personal de los lectores.

La cuestión *sub examine* no es para nada sencilla, ya que implica delimitar una posición jurídica respecto a esta candente temática sobre la base de los textos de diversos instrumentos de esta disciplina y su entendimiento dado por los organismos encargados de su aplicación, que no siempre son del todo coincidentes, y que deben analizarse a través de distintas épocas y, sobre todo, no perdiendo de vista los “trabajos preliminares” que, con las variantes históricas y la interpretación dinámica, fueron modificando su ropaje.

Esta problemática no es nueva en Argentina, pues ya se hizo alusión a ella en un anterior proyecto de Código Penal de la Nación (Decreto 678/2012). Efectivamente, allí se explicó que la redacción del articulado correspondiente (arts. 84 a 87, inclusive) llevó como fundamento las argumentaciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*,¹ que comentaremos más adelante.

De igual modo, hemos leído en algún matutino porteño declaraciones del doctor Mariano Borinski —uno de los redactores del actual proyecto de reforma del Código Penal— acerca de esta incidencia. Claro está que, si el Senado sanciona previamente el proyecto de Ley sobre Despenalización del Aborto, ya aprobado por la Cámara de Diputados, resulta evidente que la redacción de esta otra iniciativa reguladora del mismo tema tendrá que conformarse con el texto de esa ley. Justamente, una actual diputada nacional justificó no haber opinado durante el curso de la deliberación del proyecto de “despenalización”, porque lo hará en oportunidad de la consideración de este proyecto de Código Penal.

¹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

No es ninguna novedad aludir al aporte que con relación al “derecho a la vida” ha efectuado la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de los documentos sobre derechos humanos que enuncia su artículo 75, inciso 22, y con la jerarquía jurídica que les ha otorgado.²

La razón de esta excursión por el derecho internacional reposa en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), ratificada por Argentina, pues recoge en su artículo 27 un principio basilar del derecho internacional general, al sostener que ningún Estado puede invocar disposiciones de su derecho interno para dejar de cumplir con una obligación internacional contraída mediante un tratado. Vale decir que estos instrumentos prevalecen sobre todo el derecho doméstico.

De acuerdo con su artículo 31, la interpretación del texto de los tratados debe llevarse a cabo de “buena fe” y conforme con el sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, en su contexto, teniendo en cuenta su “objeto y fin”.³

Según su artículo 31.3, inciso c), para fines de interpretación, constituye parte del contexto del tratado “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

Ya veremos cómo se aplicaron estas reglas hermenéuticas, tanto por parte de la CIDH como de la Corte IDH, en los pronunciamientos de los que daremos noticia en el presente.

Desde este plano de la indagación, entendemos que también corresponde considerar el valor legal de la declaración de Argentina al momento de la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), expresando su entendimiento del término “niño” como todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad, postura que reiteró en la Confe-

² Véase Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2017, pp. 103-111.

³ Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2012, t. I, vol. 1, p. 420.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

rencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo (1994), mediante una expresa reserva en los siguientes términos:

Capítulo II (Principios).

Principio 1. La República Argentina acepta el Principio 1, teniendo en cuenta que la vida existe desde el momento de la concepción y desde ese momento la persona, en su dimensión única e irrepetible, goza del derecho a la vida, siendo este fundante de todos los otros derechos individuales.

[...]

Capítulo VII (Derechos reproductivos y salud reproductiva).

[...]

Párrafo 7.2. La República Argentina, no puede admitir que en el concepto de “salud reproductiva” se incluya el aborto ni como servicio ni como método de regulación de la fecundidad. La presente reserva, fundada en el carácter universal del derecho a la vida, se extiende a todas las menciones que recojan ese sentido.

Como consecuencia de estas declaraciones, la Ley Nacional 26.061, sobre “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, registra que la CDN declara que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, tanto antes como después de su nacimiento, estatuyendo que en todas las medidas se atenderá al interés superior del niño; que los Estados garantizarán la supervivencia y el desarrollo del niño y que, a su vez, deberán asegurar la atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres, sindicándola como de aplicación obligatoria.

Para finalizar esta propedéutica, señalemos que un análisis de la realidad legal existente en América Latina y el Caribe, nos dice que ciertos Estados han despenalizado algunos tipos de aborto (p. ej., Argentina), pero ninguno —salvo Colombia— lo ha legalizado para cualquier circunstancia y lo ha contemplado como un derecho humano. La gran mayoría penaliza varios supuestos de aborto voluntario y solamente una minoría lo prohíbe por completo.

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

2. EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y SU APORTE EN LA CUESTIÓN BAJO ANÁLISIS

Veamos ahora la normativa del derecho internacional contractual, que consideramos de gran importancia para nuestra problemática.

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

Reconoce que: “Todo ser humano tiene derecho a la vida [...]” (art. I) y declara que: “Toda mujer en estado de gravidez [...] así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales” (art. VII).

2.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948)

Su artículo 1 prescribe que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y, dotados como están de dignidad y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, y en su artículo 3 agrega que “Todo individuo tiene derecho a la vida”, en tanto que en el artículo 25.1 declara que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.

2.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Dispone que: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto [y que] se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición” (arts. 10.2 y 3). Por su artículo 12.1 se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud

física y mental, recomendándose a los Estados “La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños” (art. 12.2.a).

2.4. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Consagra el derecho a la vida (como) inherente a la persona humana (art. 6), disponiendo en su artículo 7 que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en particular —añade—, nadie será sometido, sin su libre consentimiento, a experimentos médicos o científicos.

2.5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su Protocolo Adicional

El documento aludido reconoce que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida [...] y, en general a partir del momento de la concepción [y que] nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...], prohibiendo aplicar pena de muerte a mujeres en estado de gravidez” (art. 4).

A su vez, el Protocolo Adicional a esta Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) preceptúa en su artículo 15.3 que: “Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto [...]”.

2.6. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985)

Declara en su preámbulo que nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2.7. La Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989. Aprobada por Ley 23.849)

En su preámbulo remarca que: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, antes como después del nacimiento”.

Cabe citar también su artículo 6, que dispone: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (véase art. 19.1).⁴

Recordemos las declaraciones efectuadas por Argentina al ratificar este instrumento, como también en la Conferencia de El Cairo.

Desarrollemos seguidamente cómo han interpretado estos instrumentos internacionales los organismos creados al efecto.

3. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Si bien este cuerpo ha emitido informes relacionados de alguna manera con el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José), estimamos que el caso que más directamente se compromete con nuestro tema es el siguiente:

3.1. Caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* (1981)

Dado que Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana y, por ende, le es aplicable únicamente la Declaración Americana, la CIDH emitió una resolución referida exclusivamente al cumplimiento de este último instrumento interamericano.

⁴ Reiteramos que asumen relevante significado las “Reservas y Declaraciones de la República Argentina” al ratificar la CDN, toma de posición que ratificó en la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

En este caso, la CIDH se pronunció por primera vez respecto a la legalización del aborto, declarando que el provocado en el asunto *Baby Boy* (un feto masculino, saludable, de aproximadamente 6 meses de gestación. Caso *Commonwealth of Massachusetts vs. Kenneth Edelin*, 371 Mass. 497. 1976), permitido por la ley de Estados Unidos, no constituía una violación de la Declaración Americana. No obstante, su opinión a favor de la legalidad del aborto en ese país no llegó a afirmar la existencia de tal derecho, ni indicó una obligación positiva de legalizar o subsidiar dicha práctica. Además, señaló que “un aborto practicado sin causa substancial con base en la ley podría ser incompatible con el artículo 4.1”. Asimismo, al admitir implícitamente su competencia *ratione personae* respecto de la víctima, aceptó al no nacido como sujeto de derechos.

Según colegimos de su argumentación, el concepto de derecho a la vida que consagra la CADH no es de carácter absoluto. Transcribiremos, en lo pertinente, su contenido para que el lector extraiga sus propias conclusiones:

[...] De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), el Comité Jurídico Interamericano [...] formuló un proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá, 1948). Ese texto preliminar sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por la Naciones Unidas en diciembre de 1947. b) El art. 1º, sobre el derecho a la vida, del Proyecto sometido por el Comité Jurídico expresa: “Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad” (Novena Conferencia Internacional Americana, “Actas y Documentos”, vol. V, p. 449) [...] e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados Americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto — el derecho a la vida desde el momento de la concepción— habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa; y E) por angustia económica [...] g) El 22 de abril de 1948, el nuevo art. I de la Declaración, preparado por el grupo de trabajo, fue aprobado por la comisión sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto español (no hubo texto inglés oficial en esta etapa) (“Actas y Documentos”, vol. V, ps. 510-516 y 578). Finalmente, el texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la Conferencia, el 30 de abril de 1948, y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión es la supresión de la palabra ‘integridad’ (“Actas y Documentos”, vol. VI, ps. 297-298; vol. I, ps. 231, 234, 236, 260 y 261⁵ h) En consecuencia, los EE.UU. tienen razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el art. I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio (párr. 19).

Ahora bien, es sabido que el artículo 4.1 de la CADH contiene la frase “en general”, por lo que resulta del caso averiguar si con ello se apartó del significado del texto de la Declaración. A tal propósito, la CIDH exploró los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José para su incorporación en la definición del derecho a la vida. Ello obedeció al objeto de conciliar el texto propuesto “desde el momento de la concepción” con las objeciones suscitadas desde la Conferencia de Bogotá (1948), basada en la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, reforma que, sometida por la CIDH al pleno de la Conferencia, fue aprobada por esta y posteriormente por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, erigiéndose así en el actual texto del artículo 4.1.⁶

⁵ El texto propuesto decía: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona”.

⁶ “Actas y Documentos”, pp. 160 y 481 y “Anuario”, 1968, p. 97.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

Tal cuerpo concluyó que:

A la luz de los antecedentes expuestos, queda claro que la interpretación que adjudican los peticionarios a la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana parece incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.⁷

En este asunto, la CIDH —a nuestro modo de ver— erróneamente examinó la práctica anterior a la aprobación de la Declaración en análisis, por lo que algunos autores acusan que la resolución presentaba errores históricos de hecho e importantes omisiones de derecho, porque, de acuerdo con la Convención de Viena, para una correcta interpretación del tratado es relevante únicamente la práctica posterior (“ulteriores”) a su adopción, no la previa a esta, según hemos visto.

Valiéndose de esas reglas, en su voto disidente el comisionado Monroy Cabra señaló: “Si la interpretación de los acuerdos internacionales debe ser de buena fe, textual, conforme al sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, no hay duda de que la protección del derecho a la vida debe comenzar desde la concepción”, y que “el aborto atenta contra el derecho a la vida” (párrs. 6 y 9).

Comentando lo decidido en este asunto, Dinah Shelton (miembro de la CIDH en un periodo posterior) indicó que la admisión de la petición contra Estados Unidos implicaba una aceptación del feto como “persona”, abriendo la posibilidad de que otros casos de muerte o lesión fetal puedan ser presentados con base en esta resolución.⁸

⁷ CIDH. Resolución 23/81, Caso 2141. Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, párrs. 14-19 y 30.

⁸ Shelton, Dinah, “Abortion and right to life in the inter-american system: The case of Baby Boy”, *Human Rights Law Journal*, vol. 2, 1981, p. 312. Para

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

Consignamos seguidamente otros informes de la CIDH en los que, indirectamente, toca el tema.

3.2. Caso Paulina Ramírez vs. México

En este acuerdo de solución amistosa, la CIDH cooperó con un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG) que promueven la legalización del aborto en México, apremiando al estado mexicano de Baja California a otorgar reparaciones en efectivo y en especie a Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, madre adolescente, por presuntas violaciones a sus derechos reproductivos, las que consistirían en permitirle que fuera expuesta a consejos provida, interfiriendo, así, con su supuesto derecho a abortar después de haber sufrido una violación sexual y obligándola a dar a luz a su hijo.

De 2002 a 2007, la CIDH facilitó varias reuniones entre las organizaciones Center for Reproductive Rights y el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), entre otros, y el gobierno del estado de Baja California, las que concluyeron en un acuerdo de solución amistosa, mediante el cual el estado se allanó a las demandas de los peticionarios asumiendo, entre otras obligaciones, la de: reparar el “daño moral” causado a Paulina por el nacimiento de su hijo no deseado; reformar su legislación interna agilizando los procedimientos para realizar abortos; minimizar el acceso a la información o consejería provida, y publicar una disculpa pública en los periódicos del estado.⁹

evitar confusiones hermenéuticas digamos que, en una primera etapa, la CIDH denominaba “Resoluciones” a sus decisiones, para luego, y siguiendo el consejo de la Corte IDH de ajustar su cometido a la nomenclatura textual de la CADH, pasó a designarlas “Informes”. Por tanto, “Resoluciones” e “Informes” tienen una misma y única significación.

⁹ CIDH. Petición 161-02. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto. Informe de solución amistosa 21/07. Cumplimiento total (México), 9 de marzo de 2007, párrs. 5, 8, 11, 12, 16, inc. 1-9, 17 y 19. Véase Pronunciamiento Público de Responsabilidad P-161/02 del Gobierno del Estado de Baja California, de 10 de febrero de 2006.

3.3. Caso James Demers vs. Canadá

Esta petición consiste principalmente en una denuncia por violaciones del derecho a la libertad de expresión de un activista “pro-vida” condenado penalmente por protestar pacíficamente frente a una clínica donde se practican abortos.

También incluye una denuncia por violación del derecho a la vida de los no nacidos, en virtud de la Declaración Americana (ya que Canadá no es parte de la CADH). La primera denuncia fue admitida, en tanto que la segunda fue declarada inadmisibles, porque ella lo fue en nombre de los “cientos de miles de niños no nacidos y sus madres” y/o de una menor y su madre, esto es, formuladas *in abstracto*, al estilo de un *actio popularis*, faltando, entonces, el requisito necesario de individualización y determinación de las supuestas víctimas.

En consecuencia, la CIDH aceptó a los no nacidos como supuestas víctimas de violaciones a la luz de la CADH y como legitimados activos, siempre y cuando las denuncias “en nombre de estos” fueran individualizadas.¹⁰

3.4. Caso Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica (anteriormente Ana Victoria Sánchez Villalobos vs. Costa Rica y Petición 12.361) y Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica

En estas peticiones, un grupo de parejas infértiles alegaron violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, porque su Corte Suprema de Justicia prohibió la práctica de la fertilización *in vitro* (FIV) desde el 2000, debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento.

En 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla retiraron su petición, indicando que se habían informado sobre el procedimiento y habían comprendido que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción,

¹⁰ CIDH. Informe 85/06. Petición 225-04 (Admisibilidad), James Demers. Canadá. 21 de octubre de 2006, párrs. 31 y 38-45 y conclusiones 1 y 2.

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

y que la FIV violenta su derecho a la vida. La CIDH cambió el nombre de la petición, a “Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica”.

En 2004 y 2010, respectivamente, declaró ambas peticiones “admisibles” respecto de los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal), 11.2 (derecho a la privacidad), 17 (protección a la familia) y 24 (igualdad ante la ley), entre otros; e inadmisibles con relación a los artículos 4 (derecho a la vida), 5.2 (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y 8 (garantías judiciales), todos de la Convención Americana.

La CIDH recomendó a dicho país legalizar y subsidiar la práctica de la FIV, estableciendo varios plazos límite para que el Congreso aprobara una ley que legalizara esa y otras técnicas de reproducción asistida, proveyendo fondos públicos para su práctica, recomendaciones que no se cumplieron.

En agosto de 2010 emitió un informe de fondo sobre la “Petición 12.361” y un año después remitió el caso ante la Corte IDH, alegando que la prohibición constitucional contra la FIV configura una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, al igual que una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, cuyo efecto tuvo un impacto desproporcionado en las mujeres.

Al abordar lo actuado por la Corte IDH, veremos cómo se pronunció en este caso.¹¹

Tengamos presente que la Comisión no estimó violado el artículo 4.1 convencional, siendo una de las víctimas quien formalizó esa infracción en su presentación ante la Corte IDH.

3.5. Caso MC 43/10 “Amelia” (Nicaragua)

Varias ONG en favor de la legalización del aborto en Nicaragua (entre ellas, Católicas por el Derecho a Decidir) solicitaron a la

¹¹ CIDH. Informe 25/04. Petición 12.361 (Admisibilidad). Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11 de marzo de 2004, párrs. 2, 17-30, 69 y conclusiones 1-3; Informe 156/10. Petición 1368-04 (Admisibilidad). Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros. Costa Rica, 1 de noviembre de 2010.

CIDH otorgar medidas cautelares que ordenaran un aborto para Amelia (pseudónimo), una mujer nicaragüense de 27 años que sufriría de un cáncer metastásico, cuyos médicos se opusieron a proporcionarle quimioterapia debido a su estado de embarazo.

La Comisión, si bien se negó a ordenar tal práctica solicitada, emitió una medida cautelar limitada al tratamiento médico de la supuesta víctima, pidiendo al Estado de Nicaragua “que adopte las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tenga acceso al tratamiento médico que necesite para tratar su cáncer metastásico”.

El Estado concernido cumplió con las medidas, brindando quimioterapia a “Amelia”, práctica que causó la muerte del *nasciturus* en el vientre materno. Las peticionarias estimaron “inhumano” que “Amelia” hubiera debido llevar su embarazo a término, alegando que el niño no nacido había sido para ella “una carga que, además de inviable, le quitaba energías para luchar contra su enfermedad”.¹²

Al decidir como lo hizo, la CIDH eludió reconocer el derecho al aborto “terapéutico”, resolviendo que la presunta víctima se encontraba en la necesidad de tratamiento médico, no de un aborto.

3.6. Denuncia contra Argentina

Según nos explica la profesora Kemelmajer de Carlucci, la República Argentina fue denunciada ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos justamente porque un médico se negó a proveer a una mujer embarazada, que padecía cáncer, un medicamento que podría haberle salvado la vida, pero causaría daños del feto. La mujer murió (y con ella también el feto) y el médico fue acusado penalmente por mala praxis.¹³

¹² Grupo Estratégico por la Despenalización del Aborto Terapéutico; Católicas por el Derecho a Decidir; el Grupo Feminista de León; el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos y la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe. Véase medidas cautelares otorgadas por la CIDH durante 2010.

¹³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Una sentencia brasileña con visión de género”, *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 39, 2017, pp. 153 y ss.

3.7. Otros informes

Además de estas peticiones, existen otros informes en los que la CIDH condenó algunas formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario y otros actos de violencia a mujeres embarazadas y niños no nacidos, refiriéndose a esta intervención como violación de derechos humanos. Por ejemplo, en su Informe Anual de 1971, la CIDH expresó que “el uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos”.¹⁴

En 1995, refiriéndose a “golpes en los pechos y el vientre, frecuentemente infligidos a mujeres embarazadas con la intención de causar un aborto o de deteriorar la capacidad de engendrar”, los consideró como una forma de “tortura sexual”.

3.8. Informe “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos” (7 de junio de 2010)

En este informe, la CIDH establece las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados parte en relación con la integridad y, en particular, con la salud de las mujeres en razón de su rol en la reproducción humana.

Afirma que el artículo 5 de la Convención Americana —referido a la integridad personal— es amplio y se vincula directamente con la atención de la salud de las personas. Si bien la existencia de barreras estructurales tales como el costo, la lejanía de los servicios o el horario de funcionamiento resultan elementos relevantes, igualmente lo son las barreras culturales, entre las cuales enuncia la discriminación que experimentan las mujeres por el solo hecho de serlo.

¹⁴ CIDH. Informe Anual de 1972, “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41 rev. 2, 13 marzo de 1973, parte II, párr. 1.44.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

Añade que la provisión de servicios de anticoncepción tiene como función asegurar la salud de las mujeres, en la medida en que se propende a que puedan decidir por sí mismas si es que desean tener hijos, cuántos y cuándo y, de tal manera, evitar embarazos no deseados y las consecuencias nocivas para la salud, pues la maternidad no deseada puede terminar en abortos clandestinos.

Agrega que la imposibilidad de que las mujeres puedan, por ejemplo, acceder a abortos no punibles en condiciones seguras no solo constituye una violación al artículo 4.1 de la CADH, sino que también configura una trasgresión al derecho a su integridad, seguridad, salud y dignidad a la luz de otros tratados de derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La negativa de proveer un anticonceptivo para evitar un embarazo no deseado producto de una agresión sexual debe ser una alerta de violación a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y una muestra de la necesidad de que estas manifestaciones sean relevadas en un continente que muestra fuertes restricciones, incluso frente a los abortos no punibles en caso de violación.¹⁵

4. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Pasemos ahora a exponer los que consideramos sus precedentes.

4.1. Visión general

Hasta la fecha, este organismo supranacional ha emitido una sola sentencia sobre el derecho a la vida desde el momento de la con-

¹⁵ *Ibidem*, párrs. 22 y 29-31.

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

cepción, establecido en el artículo 4.1 de la CADH. Se trata del ya mentado caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, donde abordó la FIV y sus consecuencias sobre la destrucción y pérdida de los embriones no implantados en el útero materno.

Con anterioridad, la Corte IDH se había referido a niños no nacidos como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés”, en al menos tres casos: 1) caso de los *Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú* (sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 67, 67 (x), 216 y nota 62.10, donde otorgó reparaciones a la hermana de una de las víctimas por la pérdida de su hijo no nacido; 2) caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 197 [57] y 292. Véase igualmente el voto razonado del juez Cançado Trindade (párr. 61), donde también alude a los no nacidos como “niños”), y 3) caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* (sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrs. 160, inc. b), iii, y 161), en el que la Corte indica que Carlos Marcelo Mancuello Ríos era menor de edad al momento de la desaparición forzada de sus padres y hermano, y párr. 100, inc. b), señalando que su madre Gladis Esther Ríos de Mancuello se encontraba embarazada en dicha fecha).

Asimismo, este órgano jurisdiccional se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el caso de la *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* (sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 139).

En el asunto de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, observó que el “derecho a la vida de los niños [...] no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas” y reiteró la obligación de los Estados parte de la Convención de garantizar el acceso a la salud prenatal.¹⁶

¹⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 177. Véase también *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 144, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párr. 186.

4.2. Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*

En primer término, debemos tener presente cómo define este cuerpo a las técnicas o procedimientos de reproducción asistida. Al respecto, nos dice que constituyen un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”.

Por su parte, la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio; una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”.

Las fases que se siguen durante la FIV son las siguientes: *a)* inducción a la ovulación; *b)* aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; *c)* inseminación de óvulos con espermatozoides; *d)* observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y *e)* transferencia embrionaria al útero materno.

La decisión de la Sala Constitucional costarricense consideró que la CADH exigía —tal como se encontraba regulada en el derecho interno por decreto ejecutivo— prohibir la FIV, interpretando que el artículo 4.1 de la Convención exigía una protección absoluta del embrión. Frente a ello, la Corte IDH estimó relevante analizar si esa inteligencia del Pacto de San José era admisible a la luz de dicho Tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes. En particular, examinó el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”. Para ello, efectuó una interpretación: *a)* conforme al sentido corriente de los términos; *b)* sistemática e histórica; *c)* evolutiva, y *d)* del objeto y fin del tratado.

4.2.1. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

La Corte IDH observó que el concepto “persona” es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas legales internos

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

de los Estados parte. Sin embargo, para efectos de la significación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el Tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

Hizo notar que la prueba rendida en el expediente evidenciaba cómo la FIV transformó la discusión sobre qué debe entenderse por el fenómeno de “la concepción”. En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide y la implantación. Por tal razón —dijo—, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado.

En tal orden de ideas, observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende por tal el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión.

Otra corriente entiende por “concepción” el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero materno, porque esa práctica posibilita la conexión de la nueva célula —el cigoto— con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

Atinente a la controversia de saber cuándo empieza la vida humana, la Corte IDH considera que se trata de una cuestión que puede ser valorada de diversas formas, desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, coincidiendo con tribunales internacionales y nacionales en el sentido de que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida.

Sin embargo, aprecia que hay quienes ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a corrientes que le confieren ciertos atributos “metafísicos” a los embriones. Tales puntos de vista no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de li-

teratura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

No obstante, el Tribunal consideró que es procedente definir, de acuerdo con la CADH, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos esenciales y complementarios en el desarrollo embrionario: la “fecundación” y la “implantación”, y que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la “concepción”. Teniendo en cuenta estas probanzas producidas por las partes constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra incorporarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

De ahí que, para la Corte IDH, el término “concepción” no puede ser entendido como un momento o proceso a desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia, si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior es que solo es factible establecer si ha sucedido un embarazo una vez que se ha incorporado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “*Gonodotropina coriónica*”, que solo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que por “concepción” debe entenderse el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este hecho no procede aplicar el artículo 4 de la CADH. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no admite precisar el alcance de dichas excepciones.

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

4.2.2. Interpretación sistemática e histórica

En atención a que la Sala Constitucional y el Estado de Costa Rica sustentaron sus argumentos apoyados en una interpretación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el PIDCP, la CDN y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, infiriendo que otros tratados distintos a la CADH exigen la protección absoluta de la vida prenatal, la Corte IDH efectuó una valoración totalizadora de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la tutela del derecho a la vida, en particular, acentuando su visión en: *a)* el Sistema Interamericano; *b)* el Sistema Universal; *c)* el Sistema Europeo, y *d)* el Sistema Africano. Asimismo, estudió los “trabajos preparatorios” de dichos documentos internacionales.

Por motivos de brevedad, nos detendremos en los desarrollos que practicó sobre los sistemas “interamericano” y “universal” de derechos humanos.

4.2.2.1. El Sistema Interamericano

Sobre la base de los antecedentes de la Declaración Americana, la Corte IDH consideró que los “trabajos preparatorios” no ofrecían una respuesta definitiva respecto del punto en controversia. En lo atinente a la CADH, observó que en el transcurso de estos trabajos se utilizaron los términos “persona” y “ser humano” sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la CADH precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos. Por tanto, concluyó que esos “trabajos” indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras “en general”.

Indicó, asimismo, que la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención y de la Declaración americanas. Su análisis no autoriza sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de esos preceptos. De igual modo, considerando lo ya señalado en el sen-

tido de que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir que el objeto directo de protección por el artículo 4.1 de la CADH es, fundamentalmente, la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza, en esencia, por medio del amparo de la madre. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

4.2.2.2. *El Sistema Universal*

De acuerdo con los “trabajos preparatorios”, la Corte IDH señaló que la expresión “ser humano”, utilizada en la DUDH, no fue entendida en el sentido de incluir al *nasciturus*.

También expresó que de los “trabajos preparatorios” del PIDCP se advierte que, en su artículo 6.1, los Estados no pretendían estimar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a los nacidos, aseverando que las decisiones del Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

Respecto a la CEDAW, expresó que los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada por sobre el interés de custodiar la vida en formación.

Finalmente, la Corte postuló que los artículos 1 y 6.1 de la CDN no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. Si bien el preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, los “trabajos preparatorios” indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo a quien no nació lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.

Dicho organismo concluyó que la Sala Constitucional de Costa Rica se basó en el artículo 4 de la CADH, en el artículo 3 de

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

la DUDH y en el artículo 6 del PIDCP. Sin embargo, de ninguna de estas normas y tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado “persona” en los términos del artículo 4 de la Convención, y que tampoco era factible inferir dicha conclusión de los “trabajos preparatorios” o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención o en la Declaración americanas.

4.3. Interpretación evolutiva

Esta interpretación era de especial relevancia, porque la FIV es un procedimiento que no existía en la época en que los redactores de la Convención Americana aprobaron el texto de su artículo 4.1. Por tanto, la Corte analizó dos temas: 1) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al estatus legal del embrión, y 2) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

4.3.1. *El estatus legal del embrión*

La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión de que el embrión sea considerado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

4.3.2. *Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado*

La Corte consideró que la mayoría de los Estados de la región permiten que la FIV se practique en sus respectivas jurisdicciones. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados parte, se ha entendido que la Convención permite esta práctica y, con ello, se ha interpretado que la protección del embrión sea de magnitud tal que no tolere las técnicas de repro-

ducción asistida, delimitando, así, los alcances del artículo 4 de la Convención. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental —y no absoluta— de la vida prenatal y lleva a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

4.4. El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

Los antecedentes analizados le permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos protegidos por ella. En ese sentido, la frase “en general” tiene como objeto y fin permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho respecto a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo referido es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya protección pueda justificar la negación total de otros.¹⁷

Luego, la Corte IDH concluyó que el objeto y fin de la frase “en general” del artículo 4.1 es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa su atención, la Corte estima suficiente con señalar que dicho “objeto y fin” implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

El pronunciamiento no fue por unanimidad de los jueces que participaron de la deliberación, sino que contó con la disidencia del juez Vio Grossi, que viene al caso comentar porque, partiendo de las mismas reglas de interpretación que provee la Convención de Viena, arriba a conclusiones opuestas. Así, por ejemplo, en lo referente al sentido y alcance de la expresión “y en general” del artículo 4.1, sostiene que con ella se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección del derecho a la vida debe ser “aun cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún [...]”. La expresión no alude a una excepción, a una

¹⁷ Véase Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad...*, cit., pp. 17 y ss.

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

exclusión, es, por el contrario, inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger [...] el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción”.

Atinente al término “concepción”, asevera que, para que adquiriera su auténtico sentido, debe interpretarse como la fecundación del óvulo por el espermatozoide, pues de lo contrario no se le asignaría sujeto alguno, cuando de lo que se trata es de la “concepción” de “toda persona”.

Finalizando su abordaje de este precepto, añade que la prohibición arbitraria de la vida —faceta no encarada en el caso, pero prevista en el artículo 4— indica que “no sea un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictadas solo por la voluntad o el capricho”

En otro pasaje de su opinión hace presente que el voto de mayoría no se pronuncia acerca de si ha mediado violación del artículo 4.1 convencional, sin dar razones de ello.

4.5. Conclusión de la interpretación del artículo 4.1 que hizo la Corte regional

Para la mayoría de los jueces de la Corte IDH, los diversos métodos hermenéuticos que empleó arribaron a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como “persona” para efectos del artículo 4.1 del Pacto de San José. Por ello concluyó que, luego de un abordaje de las bases científicas disponibles, la “concepción”, en el sentido al que se refiere dicha norma, tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero materno, razón por la cual antes de este significativo hecho no habría lugar a la aplicación del artículo de referencia. Por último, de la frase “en general” es válido concluir que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber exclusivo e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.¹⁸

¹⁸ No podemos dejar de señalar que, además de las consideraciones que efectúa acerca de este precepto, la Corte IDH encara otros aspectos del caso,

5. LOS ORGANISMOS DE LAS NACIONES UNIDAS

Ya fuera del Sistema Interamericano es necesario traer a colación lo actuado tanto por el Comité de Derechos Humanos como por el Comité CEDAW, ambos organismos de las Naciones Unidas.

5.1. El Comité de Derechos Humanos

En el asunto K. L., de Perú, este órgano dictaminó que la “negación” a brindar acceso al aborto legal viola los derechos humanos básicos de las mujeres, especificando que el caso de K. L. constituyó una infracción al derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes. K. L. era una adolescente forzada a llevar a término el embarazo de un feto anencefálico, siendo el suyo el primer caso en el que un organismo internacional de derechos humanos hace responsable a un Estado por no garantizar el acceso a servicios de aborto legal.¹⁹

Con relación a Argentina —Provincia de Buenos Aires—, el mismo Comité resolvió una situación similar el 29 de marzo de 2014. L. M. R., una mujer con discapacidad mental permanente quedó embarazada luego de haber sido violada. Su madre y representante solicitaron que se le practicara un aborto (no punible), pero le fue negado y obstaculizado (aunque el aborto no fue admitido en el primer hospital al que L. M. R. acudió, después fue autorizado por tratarse de un “aborto no punible” —art. 86 del Código Penal—).

los que solo nos limitaremos a enunciar con fines propedéuticos: la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con la discapacidad, el género, la situación socioeconómica y la evaluación de los alegados logros alcanzados en la persecución de la finalidad buscada con la interferencia.

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, K. L. vs. Perú, Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comunicación 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 24 de octubre de 2005.

El aborto desde la perspectiva del derecho internacional...

A pesar de ello, una orden judicial que prohibía continuar con cualquier procedimiento abortivo y que iniciaba un proceso con el fin de impedir esta práctica fue notificada al personal de salud. Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires autorizó la práctica; sin embargo, L. M. R. y su madre fueron presionadas por los medios de comunicación y terceros para que no abortara. En ese contexto, y pese a contar con la autorización de la Suprema Corte bonaerense, ningún establecimiento de salud le practicó el aborto, por lo que L. M. R. actuó de manera clandestina.²⁰

El Comité resolvió que Argentina vulneró el derecho a la vida privada y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes de L. M. R., así como el derecho a un recurso efectivo en relación con los mencionados derechos vulnerados.²¹

5.2. El Comité CEDAW

A su turno, el Comité CEDAW, en su dictamen sobre la comunicación 22/2009, de 17 de octubre de 2011,²² resolvió que Perú vulneró los derechos contenidos en los artículos 5 (prohibición de prejuicios y estereotipos de género) y 12 (discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica) de la CEDAW.²³

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *R. L. M.*, ‘*NN Persona por nacer. Protección. Denuncia*, Ac. 98.830, 31 de julio de 2006.

²¹ Comité de Derechos Humanos, Dictamen sobre la Comunicación 1608/2007, CCPR/C/101/D/1608/2007, 29 de marzo de 2011.

²² Comité CEDAW, Comunicación 22/2009, Dictamen aprobado por el Comité en su 50º período de sesiones, celebrado del 3 al 21 de octubre de 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009, 17 de octubre de 2011.

²³ El caso era el siguiente: L.C., víctima de violación sexual, quedó embarazada a los 13 años y, en su intento de suicidio, motivado por los ataques sexuales y la posterior gestación, sufrió serios daños en su columna vertebral (se le diagnosticó “traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa con riesgo de discapacidad permanente y riesgo de deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física”). Debido a su delicado estado, los médicos recomendaron una intervención quirúrgica para evitar daños irreversibles. En el día programado para la operación, esta fue cancelada, pues la intervención suponía, según

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

Las recomendaciones que formulan estos organismos internacionales generan las consiguientes responsabilidades: “El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que estas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del art. 86 del Cód. Penal”.²⁴

En tal sentido, el Comité CEDAW recomendó a Argentina que el Estado nacional debe: *i*) sancionar el proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo; *ii*) asegurar que todas las provincias tengan protocolos para la atención de los abortos legales, en línea con el Protocolo del Ministerio de Salud de la Nación; *iii*) garantizar el acceso a abortos legales y seguros, y a servicios posaborto, y *iv*) establecer requisitos estrictos para evitar el uso indiscriminado de la objeción de conciencia.²⁵

los médicos, un gran riesgo para el no nacido. L. C. y su madre decidieron, entonces, solicitar un aborto conforme al art. 119 del Código Penal peruano (no punible). Luego de una larga espera, la junta médica del hospital decidió desestimar la petición por considerar que la vida de la paciente no estaba en peligro. L. C. presentó un recurso de reconsideración ante la misma junta que fue desestimado. Durante el lapso que medió entre la solicitud de reconsideración y la decisión final, L. C. sufrió un aborto espontáneo y finalmente, fue intervenida quirúrgicamente después de casi tres meses y medio. Actualmente, L. C. “se encuentra paralizada desde el cuello para abajo y solo ha recuperado parcialmente la movilidad de las manos. Depende de una silla de ruedas para moverse y de terceros para satisfacer todas sus necesidades. Se encuentra conectada a una sonda que le deben cambiar cinco veces al día en condiciones higiénicas de esterilización total, lo que le impide acudir a un centro de enseñanza [...]”. L. C. alegó ante el Comité la violación de los siguientes artículos de la CEDAW: 1 (discriminación contra la mujer); 2, incisos c) y f) (medidas de protección); 3 (igualdad); 5 (prohibición de prejuicios y estereotipos de género); 12 (discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica); y 16, inciso e) (la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares).

²⁴ Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, CCPR/C/ARG/4, 31 de marzo de 2010, párr. 13.

²⁵ Comité CEDAW, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/7, 18 de noviembre de 2016.

6. A modo de final

Como dijimos al comienzo, no es nuestro propósito expresar una opinión acerca de cuál es la conclusión a la que puede arribarse luego de la interpretación de los instrumentos sobre derechos humanos que emergen de sus distintos organismos internacionales encargados de su aplicación, si a favor o en contra de la “despenalización” o “legalización” del aborto, teniendo en cuenta, incluso, que no media una opinión consultiva que haya abordado el tema en general, sino que estos pronunciamientos aluden a casos específicos o puntuales.

Por ejemplo, a fin de aquilatar lo asentado por la Corte IDH en *Artavia Murillo*, debe tenerse presente que estaba considerando las consecuencias emergentes de una FIV, vale decir, hacía referencia a los embriones no implantados en el útero materno, o sea, a la pérdida embrionaria por ser desechados, eliminados, etc., al concluir que, según las tendencias de regulación en el derecho internacional, estas no conducen a la conclusión de que el embrión sea tratado de manera igual a una persona; por el contrario, ponen de manifiesto que en determinados casos de conflicto entre la vida del no nacido y los derechos de la embarazada se tiende a interpretar sus contenidos dando preponderancia a los derechos de la mujer.

No encara, entonces, lo relativo al embrión ya implantado en el útero materno.

Por otro lado, el fallo pone de relieve que la prohibición de esta técnica de reproducción asistida, sustentada en el derecho a la vida, paradójicamente genera un impedimento a la vida misma, al bloquear el derecho de hombres y mujeres a la procreación. Se instituye así, para la Corte, un impedimento indebido a la vida.

Pensamos que el pronunciamiento que más se acerca al tema actualmente en debate es el vertido por la CIDH en el caso *Baby Boy*, en el que se inclinó por considerar ajustada a la Declaración Americana la legalización del aborto, considerando, asimismo, que la inclusión de la frase “y en general” no causaba diferencias hermenéuticas entre la Declaración y la Convención americanas.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

A nuestro leal saber y entender, estas decisiones recalcan que la protección de la vida “a partir de la concepción” es una “regla general” que, como toda regla, admite excepciones establecidas por ley formal y material.

Por último, la conclusión a que arriba la sentencia dada en *Artavia Murillo* parece acomodarse mejor al criterio que sustentaba el Código Civil de Vélez Sarsfield, al preceptuar que la existencia de la persona humana comienza con la concepción “en el seno materno”, que al actual artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación que lo remplazó, pues solo alude a la “concepción”, dando a entender con la supresión de aquella frase que también la concepción se produce fuera del seno materno. Pero ello es merecedor de otros comentarios, por lo que ponemos punto final al presente.

BIBLIOGRAFÍA

- HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2017.
- HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2012, t. I, vol. 1.
- KEMELMAJER CARLUCCI, Aída, “Una sentencia brasileña con visión de género”, *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 39, 2017.
- SHELTON, Dinah, “Abortion and right to life in the inter-american system: The case of Baby Boy”, *Human Rights Law Journal*, vol. 2, 1981.