

El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos*

La cuestión del aborto ha sido abordada por el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente por los órganos de tratados y por los tribunales internacionales.

Los diversos tratados de derechos humanos reconocen el derecho a la vida, aunque no son claros respecto a su alcance e intensidad.

La interpretación sistemática de dichos instrumentos, establece en forma contundente que el derecho internacional protege la vida del que está por nacer, aunque dicha protección no es absoluta. En particular, los trabajos preparatorios de los diversos tratados estudiados apuntan a que el debate sobre el aborto estuvo presente en ellos, y que la redacción definitiva de los textos se hizo de manera que fuera compatible con las legislaciones más permisivas en materia de aborto, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño.

Por su parte, las recomendaciones y decisiones de los órganos de tratados y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos están contestes en que la protección del nasciturus cede frente a los derechos de la mujer, particularmente cuando está en juego su vida, salud, dignidad y autonomía. De ahí que dichos organismos adviertan a los

Estados sobre la necesidad de legalizar el aborto bajo determinadas circunstancias, esto es, el riesgo para la vida de la madre, la violación, el incesto y la grave malformación del feto.

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declinado pronunciarse sobre punto, aduciendo la falta de un consenso europeo, otorgando así un amplio margen de apreciación a los Estados para determinar cuándo comienza la vida humana. Esto, sin perjuicio de que reconoce lo que la doctrina identifica como un derecho procedimental al aborto, esto es, el derecho al acceso al mismo cuando este es legal, y que, en ningún caso, la protección al nonato puede ser absoluta.

* Elaborado para la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. (Boletín N° 9895-11).

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Contacto

E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl

Tel.: (56)32-226 3164 (Valpo.)

El presente documento ha sido elaborado para una Comisión Legislativa del Congreso Nacional, en el marco de la discusión de un proyecto de ley. Tanto la temática abordada como sus contenidos están determinados por la naturaleza de la deliberación legislativa, y sus particulares requerimientos y plazos. Su objeto fundamental no es el debate académico, si bien su elaboración observó los criterios de validez, confiabilidad, neutralidad y oportunidad.

Matías Meza-Lopehandía G.

Es abogado (Universidad de Chile, 2009) y MSc en Derechos Humanos (London School of Economics, 2013). Sus intereses de investigación son derecho internacional público, derechos humanos y derecho constitucional.

E-mail: mmezalopehandia@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3965

Tabla de contenidos

Introducción.....	2
I. Cuestión preliminar: la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos.....	2
1. El rol de los organismos de tratados y los tribunales internacionales.....	3
2. Las reglas tradicionales de interpretación de tratados.....	3
2.1. Regla general de interpretación.....	3
2.2. Medios complementarios de interpretación.....	4
2.3. La doctrina.....	4
II. El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos.....	4
1. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).....	5
2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).....	5
3. La Convención de Derechos del Niño.....	6
3.1 Trabajos preparatorios.....	7
3.2 El Comité de Derechos del Niño.....	8
4. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	9
5. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	10
5.1. La Convención Americana y sus trabajos preparatorios.....	10
5.2. Caso Baby Boy vs. EE.UU (1981).....	10
5.3. Caso “fecundación <i>in vitro</i> ” (2012).....	11
6. El Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	12
Conclusión.....	14
Referencias.....	15

Introducción

La interrupción del embarazo y su juridicidad es un asunto que se debate no sólo en el ámbito del derecho interno, sino que también ha sido objeto de controversia en el derecho internacional, particularmente en el derecho internacional de los derechos humanos.

Las posiciones defendidas por diversos sectores van desde quienes sostienen que el derecho internacional proscribe en forma absoluta, o quasi absoluta, el aborto, a aquellas que afirman que éste constituye un derecho de la mujer, al menos, bajo determinadas circunstancias.

Sin perjuicio de lo anterior, este informe busca clarificar qué ha dicho el derecho internacional en esta materia, particularmente el derecho internacional de tratados.

Para ello, se comienza exponiendo las reglas de interpretación de tratados, y el especial papel que cumplen los órganos de tratados y los tribunales internacionales en la determinación del alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

En la segunda parte se examinan los principales tratados de derechos humanos, en particular el alcance e intensidad de la protección que otorgan a la vida humana y los límites que dicha protección puede encontrar en los derechos de la mujer embarazada.

Este informe revisa, refunde y sistematiza los informes BCN titulados “El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos” (BCN, 2015a) y “La protección del nonato y de la mujer embarazada en el derecho internacional” (BCN, 2015b), elaborados previamente por requerimiento de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados.

I. Cuestión preliminar: la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos

El derecho internacional se ha caracterizado desde sus orígenes, como un modo de regulación de las relaciones entre Estados soberanos e iguales. Esto explica la lógica contractual que impera en la determinación de los derechos y obligaciones de los Estados. En otras palabras, un Estado se obliga con otro Estado, o con la comunidad internacional, sólo cuando así lo ha consentido.

Consiguientemente, sus principales instrumentos de interpretación apuntan a examinar el modo en que se expresa la voluntad de los Estados, sea a través de los textos asociados a instrumentos internacionales, o mediante la práctica de los propios Estados.

Ahora bien, en las últimas décadas, y particularmente tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, se ha ido desarrollando una rama

específica del derecho internacional, esto es, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Aunque la formación de normas en este ámbito también requiere la concurrencia de la voluntad de los Estados, salvo para el caso de las normas de *ius cogens*, su creación va dando forma a un bloque de derechos, cuya vigencia es de interés de toda la comunidad internacional. Este tránsito ha sido caracterizado como el paso desde un derecho de los Estados a un (nuevo) derecho de gentes, donde organismos supranacionales crean normas jurídicas y jurisprudencia (Ribera Neuman, 2001), alejándose de la lógica *contractualista* que históricamente ha configurado el derecho internacional, para abrazar lo que Gardbaum, (2009) ha llamado la *constitucionalización* del derecho internacional, esto es, un derecho más vertical, que crea una suerte de orden público internacional que limita la soberanía de los Estados (Irigoin, 1996; Nogueira, 2000)¹.

Lo anterior explica algunas de las características particulares del DIDH, como el hecho que cualquier Estado parte pueda denunciar la infracción de una obligación por otro Estado parte, aun cuando se trate de hechos acontecidos en el territorio del este último y sobre sus propios nacionales; o que la infracción de una disposición de un tratado de derechos humanos, no libera a la contraparte de sus obligaciones. Asimismo, explica el particular rol que cumplen los órganos de tratados y los tribunales internacionales en la interpretación y determinación del alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos. A continuación se revisa esta última cuestión.

1. El rol de los organismos de tratados y los tribunales internacionales

Estas mismas particularidades permiten entender el rol que juegan los organismos internacionales en la interpretación de las obligaciones internacionales de los Estados, en materia de derechos humanos. En particular, aquellos establecidos en los tratados internacionales para vigilar la vigencia y cumplimiento de los mismos. Son éstos los que tienen competencia para determinar cuándo se

ha violado una obligación convencional, generándose la responsabilidad internacional.

De esta manera, cuando por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dicta una sentencia en que establece el alcance de un derecho reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), lo hace, en sus propias palabras, como “intérprete última de la Convención” (Corte IDH, 2012: párr. 171). El Estado que se aparte de dicho entendimiento, corre el riesgo de ser reprendido en el futuro. Así lo ha señalado la propia Corte IDH, en un caso que implicaba a Chile: “el Poder Judicial [del Estado] debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH, 2006: párr. 124).

En consecuencia, los mecanismos de control de los tratados internacionales de derechos humanos, al emitir sus observaciones, recomendaciones y sentencias, van estableciendo los contornos precisos de las obligaciones adoptadas por los Estados. En ese sentido, son organismos que interpretan el alcance de las obligaciones internacionales.

2. Las reglas tradicionales de interpretación de tratados

Las reglas consuetudinarias de interpretación de tratados internacionales fueron codificadas en el principal cuerpo normativo del derecho de tratados: la Convención sobre el derecho de los tratados (1969), o Convención de Viena, ratificada por Chile en 1981. A continuación se revisan las mismas.

2.1. Regla general de interpretación

Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, todo tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos que utiliza en su contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin, salvo que conste la intención de otorgar un sentido especial a un término específico (art. 31). De esta manera, la interpretación internacional combinan el método literal, el finalista y el subjetivo, aunque dando cierta preeminencia a la letra del texto (Benadava, 2001; Monroy, 1995) y a la finalidad del instrumento (Monroy, 1995).

Por su parte, el contexto del tratado comprende su texto, preámbulo, anexos, los acuerdos

¹ En consonancia con este desarrollo, el texto constitucional chileno establece que “[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales [...] el Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Énfasis añadido.

adoptados entre todas las partes de un tratado, con motivo de su celebración y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por la demás como referente al tratado (art. 31.2). En este sentido, Gomez-Robledo (2003:143) señala que el contexto incluye “el conjunto de las disposiciones convencionales con las cuales el texto en discusión se encuentra en una relación de dependencia lógica”, o sea, puede referirse a otras disposiciones del mismo artículo, otras secciones del tratado, o incluso, a otros tratados con los que exista una conexión lógica, y por cierto, el derecho internacional general².

Esta última cuestión es particularmente importante en el derecho internacional de los derechos humanos, dada la vigencia del principio de universalidad, indivisibilidad e interconexión de los derechos humanos (Donnelly, 2003). En este sentido, una disposición de un tratado internacional de derechos humanos, debe interpretarse en conjunto con el *corpus juris* internacional del que forma parte.

2.2. Medios complementarios de interpretación

Finalmente, la Convención de Viena contempla medios complementarios de interpretación en su artículo 33, conforme a los cuales:

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

El texto parece autorizar el recurso a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración incluso cuando no haya dudas sobre el sentido de su texto, sino

2 Además del contexto, debe tenerse presente (i) todo acuerdo posterior entre las partes sobre interpretación o aplicación del tratado; (ii) toda práctica posterior de aplicación del tratado, en la que conste el acuerdo de las partes sobre su interpretación; y (iii) toda norma internacional aplicable a la partes (artículo 31.3 Convención de Viena).

que para “confirmar el sentido de la interpretación obtenida a partir de las reglas generales”. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional, que elaboró el texto de la Convención, se limitó a codificar en este punto el derecho consuetudinario (Benadava, 2001), y por lo mismo, la interpretación de la voluntad de las partes siempre comienza desde el texto (Gómez-Robledo, 2003). Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia (CIJ), “[s]i las palabras pertinentes [de un tratado], cuando se les atribuye su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto no hay que investigar más”. Solo procede la aplicación de otros métodos para buscar la intensión de las partes, cuando dichas palabras “son equívocas o conducen a resultados irracionales” (citado en Gómez-Robledo, 2003:142).

2.3. La doctrina

La doctrina de los internacionalistas jugó un papel muy relevante en la época formativa del derecho internacional (Benadava, 2001). Sin embargo, hoy ha perdido importancia, fundamentalmente por el desarrollo de la codificación internacional, y la proliferación de tribunales y otros organismos que interpretan las obligaciones internacionales de manera autorizada.

En la actualidad, la doctrina puede jugar un papel significativo para esclarecer las dudas respecto de la formación de una norma o el alcance de la misma. Ahora bien, esta importancia está supeditada a la capacidad que dicha opinión tenga para convencer el organismo de adjudicación de la norma. En otras palabras, la opinión de la doctrina es relevante en la medida en que es capaz de influir a un tribunal u otro organismo en la resolución de un caso que está bajo su conocimiento.

Por lo anterior, en este informe solo se harán referencias tangenciales a las opiniones de los expertos, centrándose en el modo en que las disposiciones aludidas se han aplicado por los organismos competentes.

II. El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos

El aborto, en tanto acción de interrupción voluntaria del embarazo, no está tratada explícitamente en los tratados internacionales de derechos humanos, ni como derecho, ni como

prohibición. Sin embargo, esto no significa que el derecho internacional no diga nada al respecto. De hecho, lo hace de forma indirecta, al consagrar derechos como la vida o los derechos de la mujer, y en forma directa, a través de la evaluación de situaciones concretas que realizan los organismos y tribunales internacionales.

La discusión en torno al aborto se ha centrado en la determinación del alcance e intensidad de la protección al derecho a la vida, cuya importancia en el entramado del derecho internacional está fuera de duda³, pero cuya vigencia puede entrar en tensión con otros derechos, particularmente, con los de la mujer embarazada.

En este sentido, lo primero que cabe establecer es si la protección de la vida en el derecho internacional alcanza al que está por nacer, y si lo hace, en qué medida y desde qué momento. Luego, cabe revisar el modo en que éste resuelve el conflicto que dicha protección puede suscitar respecto de los derechos de la progenitora.

Para contribuir a dilucidar esta pregunta, se revisan los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, a la luz de la interpretación que de ellos han hecho los órganos autorizados, con particular énfasis en las recomendaciones que éstos han hecho al Estado de Chile en la materia.

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

El derecho a la vida está reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), que aunque carece del estatus de un tratado internacional, es considerado como uno de los pilares del moderno sistema universal de derechos humanos, proveyendo un marco para el

3 Basta examinar el contenido de los principales instrumentos internacionales, para constatar su importancia. Cfr. art. 3 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); art. 6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 4 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); y art. 2 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se trata de “un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos” (Corte IDH, 1999: párr. 144).

reconocimiento internacional de los derechos y libertades fundamentales (Humphrey, 1975).

La DUDH, hace un reconocimiento explícito del derecho a la vida en su artículo 3, y abre su catálogo estableciendo que “[t]odos los seres humanos *nacen libres e iguales en dignidad y derechos* y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” [énfasis añadido].

Esta norma es relevante para la discusión en torno a la *juricidad* de la interrupción voluntaria del embarazo, pues su tenor literal parece implicar que es el nacimiento lo que marca el momento en que surgen la dignidad y los derechos humanos. La pregunta es entonces, como debe entenderse la voz “nacimiento”, en el contexto de la DUDH.

De la revisión de los trabajos preparatorios de la Declaración, se desprende que existió una discusión importante en torno a la inclusión o no de la voz “nacen” en el mencionado artículo. Si bien existieron propuestas para entenderla como una alusión a la prohibición de la esclavitud de nacimiento (Siria), el debate giró en torno a dos ejes principales: (i) las implicancias filosóficas iusnaturalistas que tenía el reconocimiento del carácter innato de los derechos, lo que suscitó la resistencia de los países de la órbita soviética (ALIL, s/f: b); y (ii) una propuesta de enmienda que buscaba eliminar la voz “nacimiento”, justamente para remarcar que los derechos humanos comenzaban desde la concepción, y no desde el nacimiento (ALIL, s/f: A/C.3/SR.98 y A/C.3/SR.99). Esta última propuesta fue finalmente rechazada, lo que parece confirmar el tenor literal de la disposición: la protección de la vida consagrada en la DUDH no reconocería derechos a los no nacidos (Copelon y otras, 2005)

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que es uno de pilares del sistema universal de derechos humanos (Humphrey, 1975), reconoce en su artículo 6.1 que “[e]l derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Nuevamente aquí el problema es la determinación del comienzo de la personalidad

humana. Según Copelon y otros (2005), también en este caso se propuso una enmienda que indicaba que el derecho a la vida era inherente a la persona humana desde el momento de su concepción y que debía ser protegido por la ley, la cual habría sido rechazada, lo que indicaría que el instrumento no extiende el derecho a la vida a los no nacidos⁴.

Esta interpretación se reafirma con el modo en que el Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés), organismo encargado de vigilar la aplicación del PIDCP, ha abordado la cuestión del aborto, particularmente en relación con los derechos de la mujer.

El tema ha sido abordado de manera general en la observación general N.º 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres del CCPR (2000). En ésta, el Comité instó a los Estados a informar, entre otras cosas, sobre las medidas adoptadas para evitar que las mujeres recurran a abortos clandestinos y si ofrecen acceso a un aborto seguro a las mujeres embarazadas producto de una violación. Asimismo, calificó como una violación de la privacidad de la mujer, la obligación impuesta al personal médico de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos, pudiendo también verse afectados el derecho a la vida de la mujer y la prohibición de la tortura.

Por su parte, el sistema de denuncias individuales ha permitido que el CCPR se pronuncie de un modo más directo sobre la despenalización del aborto en determinadas circunstancias, en vista a los derechos de la mujer. Así por ejemplo, en la denuncia del caso *K.L. v. Perú* (2005), el Comité consideró vulnerados los derechos de la denunciante, a quien se le negó el acceso a un aborto ante un embarazo anencefálico, dado que la legislación castigaba, aunque en forma atenuada, el aborto en esas circunstancias⁵.

También en los exámenes periódicos que el Comité realiza a los Estados parte, se ha pronunciado sobre esta cuestión, señalando en reiteradas oportunidades que el aborto debe ser

despenalizado y garantizado cuando (i) pone en peligro la vida de la mujer; (ii) es consecuencia de una violación; o (iii) de un incesto (CCPR 2008; 2012a; 2012b; 2012c).

La primera causal (peligro para la vida de la madre) constituye una reafirmación de la vigencia del derecho a la vida, pues se trata de resolver en favor de la madre la disyuntiva entre la vida en gestación y la vida plenamente desarrollada. Sin embargo, las otras dos causales plantean la cuestión de los límites de la protección de la vida del que está por nacer, frente a la salud (mental), dignidad y autonomía de la mujer embarazada, y la resuelven en favor de esta última.

Consecuentemente, la vigencia en Chile de una prohibición absoluta del aborto ha sido un tema de permanente preocupación para el Comité de Derechos Humanos desde el primer informe periódico remitido por el Estado de Chile. De hecho, en éste, el Comité señaló que el Estado debía revisar la prohibición general de abortar y garantizar la confidencialidad de la información médica, en atención a los “graves problemas” que la situación plantea (CCPR, 1999: párr. 15). En 2005, el Comité reiteró su preocupación, particularmente en relación con la falta de autorización del aborto en caso de peligro para la vida de la madre. Finalmente, en su más reciente informe, el CCPR (2014:15) reafirmó su doctrina en la materia, señalando que Chile debe “establecer excepciones a la prohibición general del aborto, contemplando el aborto terapéutico y en los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto”, además de asegurar que los servicios de salud reproductiva sean accesibles para todas las mujeres y adolescentes, en todas las regiones del país”. En relación con el proyecto de ley que se discute, el Comité manifestó su preocupación por cuanto éste no contempla la causal de autorización del aborto en casos de embarazo producto de incesto.

3. La Convención de Derechos del Niño

La Convención de Derechos del Niños de 1989 (CDN) es el primer tratado internacional, con vocación universal, en aludir expresamente a la protección de un ser humano aun antes del nacimiento⁶. De hecho, en su preámbulo declara

4 Por otra parte, la prohibición de ejecutar a mujeres en estado de gravidez, contemplada expresamente en el artículo 6.5 del PIDCP, podría indicar que la protección de la vida establecida en el artículo 6.1 no alcanzaría al nonato, pues de lo contrario, la norma sería redundante.

5 En particular, consideró violados los arts. 7, 17 y 24, esto es, la proscripción de la tortura, la privacidad y la protección de los menores de edad.

6 Como se verá más adelante, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1948 también se refiere a la vida humana antes del nacimiento, pero se trata de un tratado de alcance regional.

que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*”.

El texto enfatizado parece sugerir que el niño es sujeto de derecho incluso antes de nacer. Sin embargo, como se revisa a continuación, tanto la interpretación basada en los trabajos preparatorios de la Convención, como la interpretación autorizada del Comité de Derechos del Niño, parecen indicar lo contrario.

3.1 Trabajos preparatorios

Uno de los primeros grandes debates de los trabajos preparatorios de la CDN se dio en torno a la definición del comienzo de la niñez, cuyo trasfondo fue, justamente, la cuestión del aborto (Detrick, 1992). Algunos Estados defendieron como punto su inicio la concepción, y otros el nacimiento. Como las posiciones a este respecto suelen ser irreconciliables, el artículo 1 parece haber sido redactado de un modo neutral respecto de esta cuestión:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño *todo ser humano menor de dieciocho años de edad*, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. [énfasis añadido]

Sin embargo, como se ha señalado más arriba, el preámbulo sí incluye una referencia que puede tener implicancias en la materia, esto es, que el/la niño/a requiere de protección “tanto antes como después del nacimiento”.

Esta frase, fue agregada durante la discusión del Grupo de Trabajo encargado de preparar el proyecto de Convención, a instancias de la Santa Sede, secundada por varios países que declararon que sus legislaciones nacionales protegían los derechos del nonato desde la concepción, y que recordaron que la misma frase estaba inserta en el preámbulo de la Declaración de Derechos del Niño. Sin embargo, de acuerdo a varios autores, los mismos Estados promotores de la enmienda aclararon que esta cláusula no pretendía prohibir la posibilidad del aborto, teniendo presente que varios países sí lo autorizaban en ciertos casos, como aquellos en que el embarazo implicaba un riesgo para la salud de la madre (Copelon y otras, 2005; Detrick, 1992). En esta línea, el grupo de trabajo aprobó la inserción en los trabajos

preparatorios de una declaración del grupo de redacción, del siguiente tenor:

Al aprobar este párrafo del preámbulo, el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del artículo 1 o de cualquier otra disposición de la Convención por los Estados Partes (CDH, 1989: párr. 43).

De esta manera, pareciera que los redactores buscaron garantizar la neutralidad de la Convención en materia de aborto.

Otro aspecto relevante para determinar el alcance de la Convención en este punto, está dado por el modo en que evolucionó la cuestión de la atención prenatal. En el borrador de la Convención, aprobado en 1978 por la Comisión de Derechos Humanos (CDH), se establecía que tanto el niño como la madre tenían derecho a la atención prenatal:

Artículo IV

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, *tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal*. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. [énfasis añadido]

Fue la representación de Austria la que hizo ver la posible inconsistencia entre reconocer un derecho del niño al cuidado prenatal, y la posibilidad de aborto legal contemplada en diversas legislaciones (cfr. Detrick, 1992:61). Sin poder ahondar en el desarrollo de esta discusión, el texto finalmente adoptado, parece haber acogido estas aprehensiones, en tanto, la materia aparece regulada en el artículo 24 sobre derecho a la salud, e indica:

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho [al disfrute del más alto nivel posible de salud] y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: [...] *Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres*. [énfasis añadido]

De esta manera, la salud del nonato es protegida a través de la atención sanitaria prenatal de la madre, evitando así una redacción que pudiera implicar una atribución directa de derechos al *nasciturus*.

3.2 El Comité de Derechos del Niño

El Comité de Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) es el organismo experto encargado de vigilar el cumplimiento y aplicación del tratado, a través del examen de los informes periódicos que los Estados deben remitir periódicamente; de las recomendaciones específicas dirigidas a aquellos; y de los comentarios generales sobre el alcance de las obligaciones que emanan de la CDN.

En el marco de esta última atribución, el CRC emitió la observación general N° 4 en 2003, sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la CDN. En ésta, el Comité manifestó su preocupación por los riesgos del embarazo precoz, y en particular, por la mortalidad de las niñas adolescentes producida por el embarazo y por prácticas de aborto peligrosas. Frente a ello, recomendó la adopción de medidas para reducir la tasa de mortalidad y prestar apoyo a los padres de las adolescentes. Específicamente, instó a los Estados,

[...] a elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las *prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley*, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia (CRC 2003: párr. 31). [énfasis añadido]

Al recomendar garantizar el acceso a un aborto seguro en los casos en que sea legal, el CRC parece estar señalando implícitamente dos cuestiones. Primero, que la CDN no reconoce una protección absoluta al feto, por lo que el aborto no sería contrario a sus disposiciones; y segundo, que garantizar el acceso a prácticas abortivas seguras no es, en principio, obligatoria para los Estados, salvo cuando en un Estado en particular, dicha práctica sea legal.

Ahora bien, según el CRC, bajo ciertas circunstancias, el acceso a un aborto seguro, puede resultar necesario. Desde 2002, el Comité ha manifestado su preocupación a Chile por la incidencia del aborto ilegal de adolescentes en la mortalidad materna, pero fue en 2007, cuando se refirió directamente a su inquietud por “*la penalización de la interrupción del embarazo en toda circunstancia*” y la falta de servicios adecuados y accesibles de educación sexual y de salud reproductiva” (CRC, 2007: párr. 55; énfasis

añadido). Es más, en la oportunidad, el CRC recomendó al Estado de Chile “revisar su postura de penalización de la interrupción del embarazo en toda circunstancia, incluso en los casos de violación, incesto y situaciones en que corre peligro la vida de la madre” (párr. 56).

Siguiendo esta línea, en 2010, el CRC llamó la atención de Nicaragua, por haber eliminado la posibilidad de abortar, “en particular a las niñas embarazadas víctimas de violación e incesto” (párr. 58), y recomendó derogar que “los artículos del Código Penal que penalizan el aborto y garantice que las niñas no estén sujetas sanciones penales por tratar de abortar o abortar en ninguna circunstancia (párr. 59).”

Por otro lado, en la observación General N.º 7, el CRC (2005) recordó que los Estados tienen la obligación de garantizar la salud de los niños y niñas, y para eso, se debe dar prioridad a la atención prenatal y postnatal de la madre, cuestión que también ha estado en las preocupaciones del Comité respecto de Chile (CRC, 2002: párr. 40b).

De esta manera, el CRC considera la protección del feto en función del niño que está por nacer, y por lo mismo, establece el deber de otorgar atención prenatal a la progenitora, pero no establece una prohibición absoluta de aborto. Así, ha sido explícito al recomendar legalizar el aborto para casos de violación, incesto, y peligro para la salud de la progenitora, en atención integridad física y síquica de las niñas y adolescentes.

Consecuente con su línea de interpretación, el Comité ha llamado la atención de los Estados (como Chile y Nicaragua), cuya legislación no contempla excepción alguna a la prohibición del aborto en caso de niñas y adolescentes. También ha recomendado a Estados como Chad y Costa Rica, revisar sus legislaciones en materia de aborto terapéutico, de modo de proteger la salud de las adolescentes (CRC, 1999 y 2011). En particular, en el caso de Costa Rica, a recomendado al Estado aclarar a sus médicos el alcance de la autorización legal del aborto, en tanto permite el aborto de embarazos por violación y de fetos con malformaciones graves (CRC, 2011).

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

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), es un tratado internacional que establece un catálogo de derechos fundados en el principio de igualdad y un programa de acción dirigido a los Estados para alcanzar al plena igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Este instrumento reafirma los derechos civiles y políticos de la mujer, y en general, su condición jurídica y social. Además, trata la cuestión de los derechos reproductivos y la importancia de los factores culturales para el ejercicio efectivo de los derechos humanos por parte de las mujeres.

Entre los derechos específicos reconocidos a las mujeres, está el de “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (art. 16.e). Este derecho es considerado como un fundamento general de los derechos reproductivos (Copelon y otras, 2005). Su íntima conexión con el derecho igualitario a la vida, ha motivado la preocupación del Comité CEDAW por el aborto, particularmente respecto de los países que cuentan con legislaciones estrictamente prohibitivas.

En sus informes de países, el Comité ha mostrado una gran preocupación por las tasas de mortalidad maternal debida a condiciones inseguras de aborto, enmarcando así el problema como una cuestión de derecho a la vida. Por lo mismo, ha llamado en diversas ocasiones a los Estados a revisar sus leyes anti-aborto.

De hecho, el Comité ha manifestado su preocupación por la cuestión de los derechos reproductivos de la mujeres en Chile desde el segundo informe periódico de 1999. En este señaló explícitamente su preocupación por “*las leyes que prohíben y penalizan toda forma de aborto*”, dado el efecto que provocan en la integridad y salud de las mujeres. Es más, indicó que “considera que esas disposiciones violan los derechos humanos de todas las mujeres”, por lo que recomendó permitir la interrupción del embarazo “por razones terapéuticas o relacionadas con la salud de la mujer, incluida la salud mental” y revisar la obligación de denuncia

de los profesionales de la salud (Comité CEDAW, 1999b: párr. 228-229. Énfasis añadido).

En 2006, con ocasión del cuarto informe periódico emitido por Chile sobre cumplimiento de la CEDAW, el Comité reiteró su preocupación sobre la prohibición absoluta del aborto, y su incidencia en el número de abortos inseguros y mortalidad materna. Al respecto, el Comité recomendó la supresión de los castigos penales a las mujeres que se someten a abortos, y que se garantice el acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos inseguros.

En el último examen periódico (2012), el Comité lamentó el fracaso de las incitativas parlamentarias de despenalización del aborto y recomendó expresamente que el Estado de Chile que “[r]evisar la legislación vigente sobre el aborto con miras a despenalizarlo en los casos de violación, incesto o riesgo para la salud o la vida de la madre” (párr. 35 letra d). El Comité se ha pronunciado en el mismo sentido en otros casos similares, como Angola (2013a), Perú (2014) y República Dominicana (2013b), agregando en ellos también la interrupción de embarazos de fetos con graves malformaciones.

De esta manera, se puede concluir que, si bien la CEDAW no contiene una norma expresa en que autorice o prescriba el aborto como ejercicio de un derecho humano de la mujer, el Comité ha interpretado que existe una exigencia en tal sentido bajo ciertas circunstancias, fundándose en la protección de la vida e integridad física y síquica de las mujeres. Por lo mismo, ha señalado en reiteradas oportunidades su preocupación por la existencia de legislaciones excesivamente restrictivas en materia de aborto, particularmente respecto de los casos de violación, incesto y riesgo para la salud o vida de la madre.

Este enfoque de la interrupción del embarazo como mecanismo de protección de los derechos de la mujer no es exclusivo del Comité CEDAW. Como se ha visto, es compartido por otros organismos de tratados, como el CCPR y el CRC, y también por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional homónimo. De hecho, éste ha recomendado explícitamente al Estado de Chile “que revise su legislación y despenalice el aborto cuando se trate de abortos terapéuticos y cuando el embarazo sea consecuencia de violación o incesto” (Comité de DESC, 2004: párr. 52).

5. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) fue el primer instrumento internacional, aunque de alcance regional, en hacer algún tipo de reconocimiento al que está por nacer. Su artículo 4.1, señala que:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho *estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [énfasis añadido].

Esta disposición ha sido frecuentemente citada por los que sostienen la existencia de una prohibición internacional del aborto a partir del reconocimiento de la personalidad jurídica del nonato (Joseph, 2009; De Jesus, 2011; Paúl, 2012). Sin embargo, esta posición parece no haber tenido mayor impacto en la jurisprudencia interamericana.

5.1. La Convención Americana y sus trabajos preparatorios

Por una parte, los trabajos preparatorios de la Convención, a los que hay que recurrir para determinar o confirmar el sentido y alcance de la disposición de un tratado internacional, indican que la voz “generalmente” se introdujo al texto precisamente para calificar la protección del *nasciturus*, de manera de permitir excepciones.

Originalmente, los proyectos que se estaban discutiendo en el seno del Consejo Interamericano de Jurisconsultos contemplaban que el derecho a la vida estuviera “protegido por la ley a partir del momento de la concepción” (Fontaine, 1969). Sin embargo, fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la que, convocada por la OEA, propuso agregar las palabras “en general”, antes de la formulación “desde el momento de la concepción”, con el propósito expreso de conciliar la disposición con las varias legislaciones nacionales que permitían el aborto bajo ciertas circunstancias (Corte IDH, 2012; OEA, 1973, citado en Paúl, 2012:75).

Durante la discusión del proyecto, hubo varias propuestas de enmienda para eliminar totalmente la referencia a la concepción (Brasil, EE.UU., República Dominicana). Algunas de ellas tenían el objeto explícito de evitar que dicha norma pudiese ser tomada como una prohibición

absoluta del aborto (Brasil, EE.UU.). Otras estuvieron por eliminar las palabras “en general”, manteniendo así el texto originalmente propuesto, entendiendo que de esa manera se prohibía el aborto (Ecuador, Venezuela) (Corte IDH, 2012; Paúl, 2012). Sin embargo, el texto final aprobado fue el propuesto por la CIDH, que agregaba la voz “en general” al articulado: “Este derecho estará protegido por la ley y, *en general, a partir del momento de la concepción*” (énfasis añadido).

Tanto el sentido literal y la interpretación emanada de los trabajos preparatorios apunta a que esta redacción fue adoptada precisamente para permitir excepciones al mandato general de protección de la vida humana en gestación, aunque sin indicar cuáles son esas excepciones.

Esta es la interpretación que ha hecho tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso *Baby Boy vs. EE.UU* (1981), como la Corte Interamericana (Corte IDH) en el más reciente caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (caso “fecundación in vitro”) de 2012, que pasamos a revisar a continuación.

5.2. Caso Baby Boy vs. EE.UU (1981)

La CIDH fue el primer organismo interamericano en pronunciarse sobre el alcance de la protección que el sistema interamericano brinda al que está por nacer. Lo hizo en el marco de una petición presentada en favor de un nonato que habría sido abortado por una histerectomía practicada a su progenitora. Los peticionarios buscaban que la jurisprudencia de *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton* que despenalizó el aborto voluntario en EE.UU. fuera declarada como violatoria del derecho internacional de los derechos humanos (De Jesus, 2011).

Como EE.UU no ha ratificado la CADH, sólo le era aplicable la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), cuyo reconocimiento al derecho a la vida, a diferencia de la CADH, no menciona la concepción. Los peticionarios argumentaron que dicho instrumento garantizaba la igualdad, protegía el derecho a la vida de “todo ser humano” (por contraposición a “persona”), y que debía leerse a la luz de la CADH, que protegería la vida desde el momento de la concepción. Además afirmaron que los trabajos preparatorios de la Declaración confirmarían esa interpretación.

La CIDH señaló que de la lectura de los trabajos preparatorios de la DADDH se concluía que los

Estados habían optado por no adoptar una posición respecto del momento en que comenzaba la protección de la vida. De hecho, el proyecto original señalaba que “[e]ste derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción” (CIDH, 1981: párr. 19). Sin embargo, el texto finalmente aprobado se limitó a garantizar el derecho a la vida, en atención a las dificultades que el reconocimiento del momento de la concepción traía para diversas delegaciones, en tanto sus

ordenamientos internos admitían el aborto. “En realidad, – señala la CIDH – la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio”.

En relación con la CADH, la CIDH examinó los trabajos preparatorios para determinar el alcance de la protección a la vida, que en este caso sí incluye, al menos en general, la protección de la vida desde el momento de la concepción. Decisivo para su conclusión fue el hecho que la propia CIDH propuso incorporar las palabras “en general”, antes de la frase “desde el momento de la concepción” para hacer compatible el artículo 2.1 del proyecto con “la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro”, redacción que finalmente fue la adoptada (CIDH, 1981: párr. 25).

5.3. Caso “fecundación *in vitro*” (2012)

Más recientemente, la Corte IDH intervino en el debate sobre el alcance de la protección a la vida en el sistema interamericano, siguiendo el precedente establecido por la CIDH. Se trata del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica de 2012 (caso “fecundación *in vitro*”). En éste, los peticionarios reclamaron por la anulación judicial de un decreto ejecutivo que autorizaba la técnica de fecundación *in vitro* en el país.

En la sentencia del caso, la Corte abordó la interpretación de tres conceptos clave del artículo 4° de la CADH: (i) el de protección “en general”; (ii) el de “concepción”; y (iii) el de “persona”. Asimismo, identificó dos cuestiones que debían ser aclaradas. La primera es desde cuándo existe la protección. La Convención dice que, “en general”, desde “la concepción”, pero queda pendiente establecer cuándo ésta se produce. La segunda cuestión es, cuál es el grado de protección exigido por la disposición. La norma señala que dicha protección es, al menos, “en general”.

Respecto al momento de la concepción, la Corte invocó su doctrina sobre la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales⁷,

⁷ La interpretación evolutiva es aquella que considera los instrumentos internacionales como “textos vivos”, para usar los términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la práctica, permite ampliar el alcance de un derecho reconocido en un tratado, cuando éste utilice conceptos abiertos (Paúl, 2012).

porque solo a partir del avance científico y técnico se ha podido determinar que la concepción está compuesta por dos momentos “complementarios y esenciales”, la fecundación del óvulo, que produce el gameto, y la implantación del mismo en útero, que une al embrión con la progenitora que le proveerá de las hormonas y nutrientes necesarios para su desarrollo (Corte IDH, 2012: párr. 186). Por lo anterior, sostuvo la Corte, los redactores de la CADH no pudieron preferir un momento sobre otro⁸.

De esta manera, la Corte concluyó que el momento de la concepción sería posterior a la implantación y no anterior. Si bien con esto no se zanjó la discusión sobre el comienzo de la vida, si se delimitó el momento en que comienza la protección legal del feto ordenada por la Convención.

La segunda cuestión abordada por la sentencia es la intensidad de la protección del feto provista por la CADH. Para la Corte, la voz “en general” que califica la protección de la vida desde la concepción, en su sentido literal, “indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular”, aunque no establece la sustancia de dicha excepciones (Corte IDH, 2012: párr. 188).

Para determinar dichas excepciones, la Corte acudió a los trabajos preparatorios de la CADH, concluyendo que en éstos no prosperaron los intentos por eliminar toda referencia al momento de la concepción, ni las propuestas que pretendían eliminar la calificación de “en general”. Asimismo, la interpretación sistemática indicaría que muchos de los derechos de la CADH se garantizan a “toda persona” y no por ello se entiende que el embrión sea titular de los mismos. Luego, la Corte sostiene que el objeto de la protección del artículo 4.1 es la mujer embarazada, y no el embrión, dada la intrínseca dependencia de éste al cuerpo de la mujer⁹.

8 De hecho, al momento de la elaboración del texto convencional, la Real Academia de la Lengua Española, entendía por “concebir” “quedar preñada la hembra” (Corte IDH, 2012).

9 En este sentido, la Corte entendió que el término “concepción” no podía ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede y antes de la implantación del embrión en el útero de la mujer, sería imposible determinar si existe o no embarazo. De hecho, muchos gametos nunca se implantan (Corte IDH, 2012: párr. 187).

Como parte del contexto de la disposición, la Corte analizó diversos tratados internacionales de derechos humanos, concluyendo que no protegían al feto, y destacó las observaciones y recomendaciones de los organismos de control, en relación con las leyes de aborto excesivamente restrictivas y los derechos de la mujer.

Tras revisar también la evolución del derecho comparado en la materia, la Corte concluyó que la inclusión de la cláusula “en general”, fue adoptada precisamente para permitir el balance entre derechos e intereses ante un potencial conflicto (Corte IDH, 2012: párr. 236). “En otras palabras - indicó la Corte-, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (párr. 258).

En definitiva, la Corte negó claramente que de la CADH pueda concluirse que un embrión sea considerado persona, en los términos del artículo 4 de la CADH (párr. 244). Asimismo, al analizar las tendencias del derecho internacional, señaló que éstas “no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (párr. 253).

En resumen, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó (i) que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana” (párr. 264); (ii) que la CADH es aplicable solo después de la implantación del embrión en el útero; y (iii), que las palabras “en general” implican que la protección del derecho a la vida no es absoluta, “sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (párr. 264).

6. El Sistema Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuyo ámbito de aplicación es regional, no siendo aplicable en Chile, establece que “[e]l derecho de toda persona a la vida está protegido por ley” (art. 2.1).

En contraste con la Convención Americana, este instrumento no alude al momento en que se inicia la protección de la vida humana, ni califica la intensidad de la protección exigida¹⁰. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR, por sus siglas en inglés) ha señalado en dos oportunidades que no es posible determinar cuándo comienza la vida humana en los términos del artículo 2 del CEDH (ECHR, 2004 y 2010). De ahí que se señale que la cuestión quedaría en manos de los Estados, de conformidad a la doctrina del margen de apreciación, elaborada por el propio Tribunal (Wicks, 2011)¹¹.

El ECHR ha tenido oportunidad de abordar la cuestión del aborto directamente en diversos casos. Así, en las sentencias de los casos “Tysiac v. Polonia” (2007), “A, B y C v. Irlanda” (2010), “R.R. v. Polonia” (2011), “P. y S. v. Polonia” (2012) el Tribunal amparó a las recurrentes (sólo a “C” en el segundo caso), en la medida en que los ordenamientos jurídicos examinados, aunque reconocían el derecho a abortar en sus respectivos casos, no proveyeron de medios efectivos para ejercerlo¹². Esto ha llevado a algunos autores a señalar que el Tribunal Europeo reconoce una suerte de protección procedimental del aborto (Mena, 2012; Rey, 2011; Wicks, 2011). Esto se refiere a que en aquellos países en que el aborto está permitido,

la Corte ha protegido el acceso de las mujeres a éste.

Respecto de un eventual derecho sustantivo al aborto, hay más controversia. Autores como Puppincck (2013), invocando la jurisprudencia del caso P. y S. v. Polonia, sostienen que el ECHR ha descartado que la autonomía de la mujer, protegida por el artículo 8 del Convenio (derecho a la privacidad) otorgue un derecho al aborto. Ahora bien, en esa misma sentencia, el Tribunal europeo señaló, en línea con el sistema universal de derechos humanos, que “la prohibición del aborto, cuando se pretende por razones de salud y/o del bienestar, caen en el ámbito de protección del derecho al respeto a la privacidad” (ECHR, 2012: párr. 96).

Esta cuestión había sido abordada anteriormente en el caso A, B y C v. Irlanda, de 2010. En éste se requería determinar si el derecho a la privacidad de la mujer exigía un grado de permisividad a la interrupción mayor que el contemplado en la Constitución irlandesa¹³.

Por una parte, el ECHR admitió que dicha regulación implicaba una restricción de la privacidad de la mujer. Sin embargo, recordó que el artículo 8.2 de la CEDH admite dichas limitaciones cuando estén “prevista[s] por la ley y constituya[n] una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para [...] la protección de la salud *o de la moral*, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” (énfasis añadido). El Tribunal consideró que la protección de los valores morales de la sociedad irlandesa, a la que repugnaría el aborto que no se justifique en salvar la vida de la madre, cabía como finalidad legítima.

En cuanto a la necesidad de la medida, apeló a su doctrina del margen de apreciación, aduciendo que no existiría un consenso en Europa en torno al momento en que comienza la vida humana humana y su protección, por lo que la autonomía del Estado para determinarlo sería amplia¹⁴. Ahora bien, en la misma sentencia el ECHR reconoció que también existía un consenso europeo en torno a admitir causales de admisibilidad del aborto vinculadas a asegurar la

10 Ahora bien, el mismo artículo establece como restricciones admisibles al derecho a la vida, la pena de muerte (derogada por el Protocolo N.º 6), la legítima defensa, y cuando la muerte sea resultado del uso de la fuerza *in extremis*, sea para detener a una persona, para impedir su fuga, o para reprimir legalmente una revuelta o insurrección.

11 Conforme a esta doctrina, la libertad de los Estados para establecer el grado de afectación de un derecho en función de intereses sociales legítimos en una sociedad democrática, varía dependiendo del grado de consenso que existe entre los países signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos al respecto. Así, a mayor consenso en una materia específica, menor el grado de autonomía del Estado para fijar sus estándares. Sobre este tema, consultar (Dijk y Hoof, 1998).

12 En los casos “Tysiac” y “C”, se trataba de autorizaciones restrictivas a interrumpir el embarazo en circunstancias de peligro para la vida de la madre. En el caso “R.R.”, se trataba de un caso de graves malformaciones del feto, en que, pese a existir sospechas de la situación, la denunciante no tuvo acceso al examen que permitía corroborarlo dentro del tiempo en que el aborto estaba permitido. En los tres casos, se declaró la violación del respeto a la vida privada de las recurrentes (art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos), y en el último, además, la prohibición de tratos degradantes (art. 3). (Rey, 2011).

13 El artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda reconoce el derecho a la vida del nonato, con el debido respecto el igual derecho a la vida de la madre (“*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.*”) (eISB, 2015).

salud y bienestar de la mujer, aunque finalmente esto no fue decisivo, pues el Tribunal consideró que la falta de consenso respecto de la primera cuestión, esto es, respecto del comienzo de la vida humana, neutralizaba el consenso respecto de estas causales, manteniendo así un amplio margen de apreciación estatal, lo que ha valido que la sentencia sea criticada por incoherente con la doctrina previa del Tribunal, incluso por los propios jueces disidentes (Mena, 2012; Rey, 2011; Wicks, 2011)¹⁵.

Conclusión

De lo expuesto se puede concluir que el derecho internacional otorga protección a la vida del que está por nacer, pero ésta no es absoluta. Por una parte, no parece existir un reconocimiento concluyente de la personalidad jurídica del no nacido. Aunque la cuestión sigue siendo objeto de debate doctrinal, la Corte IDH, que vigila la aplicación de la CADH, que es el instrumento que más argumentos de texto brinda a quienes defienden dicho reconocimiento, ha sido enfática en señalar que esta interpretación no tiene asidero ni en el texto ni en los trabajos preparatorios de la CADH. Lo mismo puede decirse de las opiniones y recomendaciones del CRC, que controla la aplicación de la CDN.

En consonancia con lo anterior, la cuestión se ha concebido como un conflicto entre los derechos de la mujeres y un interés público (la protección de la vida del que está por nacer), reconociéndose que dicho interés puede ser legítimamente limitado, bajo ciertas circunstancias, en función de la protección de los derechos de aquella. Como ha sugerido Shelton (1987), aun cuando se reconociera una personalidad jurídica al feto, ésta no podría ser absoluta, pues estaría sujeta a la ponderación de derechos propia del sistema internacional de derechos humanos.

En este sentido, los diversos organismos de vigilancia en la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, han señalado de manera reiterada a diversos Estados, incluyendo a Chile, que bajo ciertas circunstancias, la protección de la vida del que está por nacer, muchas veces consagrada en esos mismos instrumentos, debe ceder frente a los derechos de la mujer embarazada. Estos organismos han sido consistentes en recomendar la flexibilización de las legislaciones más prohibitivas en materia de interrupción del embarazo, en atención a los derechos de la mujer, particularmente su vida, integridad física, síquica, su salud y derechos sexuales y reproductivos. Dicha flexibilización apunta explícitamente a causales de aborto por violación, incesto, riesgo para la salud o la vida de la madre y graves malformaciones fetales.

De esta manera, se puede afirmar que existe un consenso entre los diversos órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos, en orden a que existe un deber de protección del nonato, el cual encuentra su límite en los derechos humanos de la mujer ya mencionados. La única excepción a este entendimiento es la interpretación de la ECHR, que ha otorgado un amplio margen de apreciación a los Estados europeos para establecer el momento e intensidad con que protegen la vida en gestación.

14 El Tribunal agregó además que el hecho que le propia Constitución ratificar el derecho a viajar fuera del país para practicarse un aborto, era una solución adecuada al conflicto de intereses

15 Puppink (2013) defiende la lógica de la decisión, señalando que antes de determinar si el balance ofrecido por la regulación irlandesa del aborto respecto de los derechos e intereses en conflicto, era necesario determinar si el feto era o no persona (cfr. párr. 237 de la sentencia). Ante la ausencia de un consenso europeo en la materia, el Tribunal no sólo habría reconocido los "valores morales" de la sociedad irlandesa, como sostuvieron los jueces disidentes, sino también el interés público en proteger la vida del no nacido, constitucionalmente consagrado en Irlanda.

Referencias

- Arnold, R., Martínez, J. I., & Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios constitucionales*, 10(1): 65-116. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4gz> (octubre, 2016).
- BCN. (2015a). El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía. Disponible en: <http://bcn.cl/1y3nb> (octubre, 2016).
- (2015b). La protección del nonato y de la mujer embarazada en el derecho internacional. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía. Disponible en: <http://bcn.cl/1y3na> (octubre, 2016).
- Benadava, S. (2001). *Derecho Internacional Público*. 7a edición. Santiago: ConoSur.
- Copelon, R., Zampas, C., Brusie, E., deVore, J. 2005. Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights. *Reproductive Health Matters*, 13(26): 120-129.
- De Jesus, L. (2011). Revisiting *Bany Boy v. United States*: why the IACHR resolution did not effectively undermine the Inter-American System on Human Right's protection of the right to life from conception. *Florida Journal of International Law*, 23(1): 221-276. Disponible en: <http://bcn.cl/1v3xa> (octubre, 2016).
- Detrick, S. (comp. y ed.). (1992). *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux Préparatoires"*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dijk, P. van, & Hoof, G. J. H. van. (1998). *Theory and Practice of the European Convention*. 3a ed. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- Donnelly, J. (2003). *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Nueva York: Cornell University Press.
- Fontaine, P-M. (1969). Les Projets de Convention Interamericaine des Droits de l'Homme: Analyse Juridique et Considerations Politique. *Revue Belge de Droit International*, 146 (5): 146-147.
- Gardbaum, S. (2009). Human Rights and International Constitutionalism. En: J.L Dunioff y J. P. Trachtman (ed.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press: 233-257.
- Gómez-Robledo, A. (2003). *Temas selectos de derecho internacional*. 4a edición. México: UNAM.
- Humphrey, J. P. (1975). The International Bill of Rights: scope and implementation. *William & Mary Law Review*, 17: 527- 542.
- Irigoin, J. (1996). La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 23(2,3): 299-307.
- Joseph, R. (2009). *Human Rights and the Unborn Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Mena, F. J. (2012). La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un "punto de inflexión" en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional? *Anuario de Derechos Humanos*, 0(8): 115 - 124. Disponible en: <http://bcn.cl/1v249> (octubre, 2016).
- Monroy, M. (1995). *Derecho Internacional Público*. 3a edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Nogueira, H. (2000). Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile. *Ius et Praxis*, 6(2): 229-279. Disponible en: <http://bcn.cl/1r2ya> (octubre, 2016).
- Paúl, Á. (2012). Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación. *Ius et Praxis*, 18(1): 61-112. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4hs> (octubre, 2016).
- Puppink, G. (2013). Abortion and the European Convention on Human Rights. *Irish Journal of Legal Studies*, 3(2), 142-193: Disponible en: <http://bcn.cl/1v2kn> (octubre, 2016).
- Rey, F. (2011). ¿Es el aborto un derecho en Europa?: Comentario de la sentencia "A, B y C V. Irlanda", del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, 9(2): 743-752. Disponible en: <http://bcn.cl/1v24b> (octubre, 2016).

- Ribera Neuman, T. (2001). El derecho internacional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. En: *Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional*. Santiago: Fundación Facultad de Derecho - Universidad de Chile.
- Shelton, D. (1987). International Law on Protection of the Fetus. En *Abortion and Protection of the Human Fetus*. Dordrecht: artinus Nijhoff Publishers: 1-15.
- Wicks, E. (2011). A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 11(3): 556-566. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4hv> (octubre, 2016).

Textos normativos y jurisprudencia

- ALIL, Audiovisual Library of International Law. (s/f a). Third Committee of the General Assembly, Summary records of meeting nos. 95 to 179 (discussion by article). Universal Declaration of Human Rights. Selected preparatory documents. A/C.3/SR.98. Disponible en: <http://bcn.cl/1r3ed> (junio, 2015).
- (s/f b). Third Committee of the General Assembly, Summary records of meeting nos. 95 to 179 (discussion by article). Universal Declaration of Human Rights. Selected preparatory documents. A/C.3/SR.98. Disponible en: <http://bcn.cl/1r3ed> (junio, 2015).
- CDH. (1989). Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño. 45° período de sesiones. E/CN.4/1989/48. Disponible en: <http://bcn.cl/1r3ow> (junio, 2015).
- CIDH. (1981). Resolución N° 23/81 Caso 2141 ("Baby Boy vs. EE.UU"). Disponible en: <http://bcn.cl/1v5kf> (octubre, 2016).
- CCPR. (1999). Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile. CCPR/C/79/Add.104 (1999). Disponible en: <http://bcn.cl/1y4uk> (octubre, 2016).
- (2000). Observación general N.º 28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3). Disponible en: <http://bcn.cl/1y4n9> (octubre, 2016).
 - (2005). Dictamen. Comunicación N.º 1153/2003. CCPR/C/85/D/1153/2003. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4s1> (octubre, 2016).
 - (2008). Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Panamá. CCPR/C/PAN/CO/3. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4tm> (octubre, 2016).
 - (2012a). Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Guatemala. CCPR /C/GTM/CO/3. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4tb> (octubre, 2016).
 - (2012b). Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. República Dominicana. CCPR/C/DOM/CO/5. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4tp> (octubre, 2016).
 - (2012c). Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Filipinas aprobadas por el Comité en su 106º período de sesiones (15 de octubre a 2 de noviembre de 2012). CCPR/C/PHL/CO/4. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4tt> (octubre, 2016).
 - (2014). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. CCPR/C/CHL/CO/6. Disponible en: <http://bcn.cl/1r5a7> (octubre, 2016).
- Comité CEDAW. (1994). Recomendación general N.º 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4w8> (octubre, 2016).
- (1999a). Recomendación general N.º 24. La mujer y la salud. Disponible en: <http://bcn.cl/1y4wk> (octubre, 2016).
 - (1999b). Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 20º período de sesiones (19 de enero a 5 de febrero de 1999) 21º período de sesiones (7 a 25 de junio de 1999). Disponible en: <http://bcn.cl/1y541> (octubre, 2016).
 - (2006). Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile. CEDAW/C/CHI/CO/4. Disponible en: <http://bcn.cl/1r59f> (junio, 2015).

- (2012). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53o período de sesiones. Disponible en: <http://bcn.cl/1v1j4> (octubre, 2016).
 - (2013a). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Angola, aprobado por el Comité en su 54º período de sesiones (11 de febrero a 1 de marzo de 2013). CEDAW/C/AGO/CO/6. Disponible en: <http://bcn.cl/1y5mj> (octubre, 2016).
 - (2013b). Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de la República Dominicana. CEDAW /C/DOM/CO/6-7. Disponible en: <http://bcn.cl/1y5mq> (octubre, 2016):
 - (2014). Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú. CEDAW /C/PER/CO/7-8. Disponible en: <http://bcn.cl/1y5mc> (octubre, 2016).
- Comité DESC. (2004). Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. CHILE. E/C.12/1/Add.105. Disponible en: <http://bcn.cl/1r5a5> (octubre, 2016).
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Decreto N.º 873 de 1991. Disponible en: <http://bcn.cl/1vb5t> (octubre, 2016).
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Disponible en: <http://bcn.cl/1vw0t> (junio, 2015).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Decreto N.º 830 de 1990. Disponible en: <http://bcn.cl/1uvqj> (octubre, 2016)
- Convención sobre el derecho de los tratados y su anexo (1969). Decreto N.º 381 de 1981. Disponible en: <http://bcn.cl/1vg2v> (octubre, 2016).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). Disponible en: <http://bcn.cl/1v1d5> (octubre, 2016).
- Corte IDH. (1999). Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Disponible en: <http://bcn.cl/1v5ju> (octubre, 2016).
- (2006). Caso Amonacid Arellano y otros vs. Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/1neqw> (octubre, 2016)
 - (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (2012). Disponible en: <http://bcn.cl/1r49q> (octubre, 2016).
- CRC. (1999). Observaciones finales. Chad. CRC/C/15/Add.107. Disponible en: <http://bcn.cl/1y5dl> (octubre, 2016).
- (2002). Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile. CRC/C/15/Add.173. Disponible en: <http://bcn.cl/1r3qb> (octubre, 2016).
 - (2003). Observación General N.º 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <http://bcn.cl/1y5aqn> (octubre, 2016).
 - (2005). Observación General N.º 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Disponible en: <http://bcn.cl/1miat> (octubre, 2016).
 - (2007). Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile. CRC/C/CHL/CO/3. Disponible en: <http://bcn.cl/1r3zd> (octubre, 2016).
 - (2010). Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Nicaragua. CRC/C/NIC/CO/4. Disponible en: <http://bcn.cl/1r40c> (octubre, 2016).
 - (2011). Observaciones finales: Costa Rica. CRC/C/CRI/CO/4. Disponible en: <http://bcn.cl/1y5dk> (octubre, 2016).
- Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1999). Observaciones finales. A/54/38. Disponible en: <http://bcn.cl/1r597> (octubre, 2016).
- Declaración de Derechos del Niño (1959). Disponible en: <http://bcn.cl/1y54j> (octubre, 2016).
- ECHR. (2004). Vo v. France, N° 53924/00, VIII Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions 67-129 . Disponible en: <http://bcn.cl/1v3vr> (octubre, 2016).

- (2010) A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, VI Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions - 2010 VI 185-283. Disponible en: <http://bcn.cl/1v3vc> (octubre, 2016).

- (2012). Case of P. and S. v. Poland. Application N° 57375/08 . Disponible en: <http://bcn.cl/1v3x6> (octubre, 2016).

eISB. (2015). Constitution of Ireland. Disponible en: <http://bcn.cl/1v26w> (octubre, 2016).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Decreto N.º 778 de 1989. Disponible en: <http://bcn.cl/1uyr9> (octubre, 2016).