

La Convención americana sobre Derechos Humanos: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe

Ligia Mariela De Jesús

Profesora en Ave Maria School of Law (Estados Unidos)
Maestría en Leyes, Harvard Law School, Cambridge (Estados Unidos).
Maestría en Derecho Internacional y Organismos Internacionales, Universidad de
Groningen (Holanda). Especialidad en Derechos Humanos,
Universidad Nacional Autónoma de Honduras (Honduras).

Resumen: Los Estados parte de la Convención Americana otorgaron explícitamente protección a la vida desde el momento de la concepción en el artículo 4(1), protegiendo al niño no nacido, como sujeto de derechos, de cualquier acto que intencionalmente cause su muerte o destrucción. Si bien la Corte Interamericana ha sido benevolente frente a esta disposición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido inconsistente en su aplicación, variando su posición al respecto a través de las últimas décadas, promoviendo en ocasiones la legalización del aborto o su reconocimiento como derecho humano. Sin embargo, una correcta interpretación del artículo 4(1) por parte de la Comisión o la Corte aplicaría las normas internacionales de interpretación de los tratados y concluiría que la Convención protege la vida del niño no nacido contra todo tipo de aborto voluntario o tecnologías reproductivas que atenten contra su vida y que los Estados parte tienen no sólo la obligación de garantizar este derecho sino de prevenir violaciones al mismo.

Palabras clave: Convención Americana artículo 4; derecho a la vida; concepción; no nacido, aborto.

Abstract: States parties to the American Convention granted explicit protection to life from conception in article 4(1), protecting the unborn child, as subject of human rights, against any acts that intentionally cause his death or destruction. Although the Inter-American Court of Human Rights has had a benevolent approach to this provision, the Inter-American Commission on

Human Rights has been inconsistent in its application, changing its position throughout the last decades, occasionally promoting the legalization of abortion or its recognition as a human right. However, a correct interpretation of article 4(1) by the Court or the Commission would apply international norms of treaty interpretation and conclude that article 4(1) supports the unborn child's protection from all forms of elective abortion or reproductive technologies that attempt against his life and that states parties have not only a duty to enforce this right but to prevent violations thereof.

Keywords: American Convention article 4; right to life; conception; unborn; abortion.

Artículo recibido: 03/08/11 Aprobado: 10/10/2011

Sumario

1. El derecho a la vida desde la concepción en la Convención americana y la declaración de los Derechos del hombre
2. Jurisprudencia de la Corte
3. Informes de la CIDH
4. Aplicación de las normas internacionales de interpretación de los tratados
 - 4.1 Sentido corriente del texto del tratado
 - 4.2 Interpretación no restrictiva del derecho a la vida
 - 4.3 Práctica de los Estados y opinio juris
5. Potencial desarrollo de los derechos del no nacido en el Sistema interamericano
 - 5.1 Derechos del niño no nacido
 - 5.2 Personalidad jurídica del no nacido
 - 5.3 Igualdad del no nacido ante la ley
 - 5.4 Derechos económicos, sociales y culturales
6. Conclusión

1. El derecho a la vida desde la concepción en la Convención Americana y la Declaración de los Derechos del Hombre

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención o Convención Americana)¹ es frecuentemente citada por cortes² y juristas internacionales³ como el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido⁴ existente en un tratado internacional⁵.

- 1 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- 2 Ver, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vo v. France*, Sentencia del 8 de Julio, 2004, párr. 75. Disponible en base de datos HUDOC <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>
- 3 Por ejemplo, en 1987, Dinah Shelton, actual comisionada en la CIDH, señaló que la Convención Americana es única respecto a otros instrumentos internacionales de derechos humanos en su patente reconocimiento de un “derecho a la vida prenatal”. Ver Dinah Shelton, *International Law and the Protection of the Fetus in Abortion and the Protection of The Human Fetus, Legal problems in a cross-cultural perspective*. (Stanislaw J. Frankowski, George F. Cole eds., 1987)
- 4 Para propósitos de este artículo, se entenderá por “niño no nacido” o “no nacido” el embrión, cigoto, feto o cualquier otro término utilizado para designar el producto de la concepción o fertilización.
- 5 Ello sin perjuicio de que otros tratados y declaraciones internacionales también protegen la vida y la salud del no nacido. Por ejemplo, el artículo 24 (2) (d) de la Convención sobre Derechos del Niño y el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño contemplan la atención pre-natal como parte del derecho del niño a la salud y al desarrollo. Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo VII de la Declaración Americana. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6 (5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el artículo 4(5) de la Convención Americana. Asimismo, los preámbulos de la Convención y Declaración de los Derechos del Niño, elementos esenciales de interpretación de los tratados mismos, de

Mediante la adopción y posterior ratificación de la Convención Americana, 24 Estados latinoamericanos y del Caribe⁶ reconocieron que la vida comienza desde el momento de la concepción y otorgaron al niño no nacido protección como sujeto de derechos humanos en el artículo 4(1) de la Convención:

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.

Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración o Declaración Americana)⁷, en 1948, los Estados miembro de la O.E.A.⁸ reconocieron un derecho a la vida universal

acuerdo al artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirman el deber de protección legal de los Estados respecto al niño no nacido, que por su vulnerabilidad “necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

6 Hasta julio del 2011, los siguientes Estados han ratificado la Convención Americana: Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Suriname, Trinidad and Tobago, Uruguay and Venezuela. See American Convention on Human Rights “. Ver Convención Americana, Estado de Firmas y Ratificaciones. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>.

7 Aprobada en la Novena Conferencial Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948). Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos1.htm>.

8 Hasta julio del 2011, los siguientes Estados son miembros de la O.E.A.: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vincent e y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. Ver Carta de la Organización de Estados Americanos, estado de firmas y ratificaciones. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm

declarando que “todo ser humano tiene derecho a la vida[...]” en el artículo I, cuyos *travaux préparatoires* incluían específicamente un derecho a la vida “desde la concepción” a favor de “los que todavía no han nacido”⁹.

2. Jurisprudencia de la Corte

Hasta la fecha, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o Corte Interamericana) no ha emitido ninguna sentencia ni opinión consultiva sobre el derecho a la vida desde el momento de la concepción, establecido en el artículo 4(1) de la Convención. En un futuro cercano, sin embargo, la Corte conocerá del caso *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica*, mediante el cual se busca crear un derecho humano a fertilización in vitro y a la concepción artificial que ocasiona destrucción y pérdida embrionaria.

Por ahora, sin embargo, la Corte se ha referido a niños no nacidos como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés” en al menos 3 casos: *Caso de los Hermanos Gómez–Paquiyaury vs. Perú*¹⁰, donde la Corte otorgó reparaciones a la hermana de una de las víctimas por la pérdida de su hijo no nacido, Jorge Javier, *Caso del Penal Miguel Castro–Castro vs. Perú*¹¹ y *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*¹².

9 Ver CIDH, Resolución 23/81, Caso 2141(Estados Unidos), 6 de marzo (1981); OEA/Ser.L/V/II.54 (1980–1981) [en adelante Baby Boy], paras. 14(a) & 19(b). Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>, citando Actas y Documentos, Documento CB–310/CIN–31, Vol. V, pág. 449.

10 Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Párr. 67(x), 216 y nota 62.

11 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 197(57) y 292. Ver también Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 61, donde también se refiere a los no nacidos como “niños”.

12 Ver Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153., párr. 160(b)(iii) y 161, donde 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(b), donde indica que su

Asimismo, la Corte se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*¹³. Además, en el *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte 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 pre-natal¹⁴.

3. Informes de la CIDH

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión o CIDH) ha tenido una actitud inconsistente respecto al derecho a la vida desde la concepción a través de los años, dependiendo de los miembros que la integran.

Ante todo, es importante recordar que la Comisión, no obstante su prestigio e influencia política en la región, no es un tribunal internacional sino un órgano *quasi* judicial del Sistema Interamericano. Entre sus facultades están mediar soluciones amistosas, otorgar medidas cautelares y emitir informes sobre peticiones individuales relativas a violaciones a los derechos humanos en los Estados parte de la Convención Americana¹⁵. Su función es, por lo tanto, primordialmente política y pragmática pues sirve como foro de resolución de disputas y filtro de la Corte Interamericana¹⁶. Sin embargo, la CIDH no produce

madre Gladis Esther Ríos de Mancuello, se encontraba embarazada en dicha fecha.

13 Ver Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 139.

14 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

15 Ver artículos 41 a 44 de la Convención Americana.

16 Ver Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

jurisprudencia vinculante sobre los Estados parte de la Convención ni sobre la Corte¹⁷. De hecho no emite sentencias, sino resoluciones e informes (e.g., informes de admisibilidad y de fondo).

Hasta la fecha, la Comisión no ha publicado ningún informe de fondo bajo el artículo 50 de la Convención, su informe de mayor formalidad, relativo al derecho a la vida desde la concepción. Sin embargo, ha emitido una serie de informes menos formales relacionados directa o indirectamente al artículo 4(1) de la Convención Americana.

Baby Boy vs. Estados Unidos (1981)

Por medio de la resolución 2141, la Comisión se pronunció por primera vez respecto a la legalización del aborto, declarando que el aborto provocado de Baby Boy (un feto masculino, saludable, de aproximadamente 6 meses de gestación)¹⁸, permitido por la ley en Estados Unidos, no constituía una violación de la Declaración Americana¹⁹.

Por otra parte, la Comisión aceptó al no nacido como sujeto de derechos, aceptando implícitamente competencia *ratione personae* sobre la víctima, Baby Boy²⁰. A pesar de su opinión a favor de la legalización del aborto en Estados Unidos, no llegó a afirmar la existencia de un derecho al aborto ni indicó una obligación positiva de legalizar o subsidiar dicha práctica. Además, indicó

17 La Corte se ha apartado de las recomendaciones de la Comisión total o parcialmente en varias ocasiones: Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71; Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161.

18 Ver Commonwealth of Massachusetts v. Kenneth Edelin, 371 Mass. 497 (1976).

19 Ver Baby Boy.

20 Dinah Shelton, actual miembro de la CIDH, comentando Baby Boy, 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 en base a esta resolución. Ver Shelton, Dinah. Abortion and Right to Life in the Inter-American System: The Case of Baby Boy, 2 HUM. RTS. L.J. 309 (1981), pág. 312.

que “un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4”²¹.

Dada la particular naturaleza de las peticiones contra Estados Unidos, que no ha ratificado la Convención Americana, la Comisión no emitió informe de admisibilidad ni de fondo, sino una resolución de menor formalidad, relevante únicamente en cuanto al cumplimiento de la Declaración Americana, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 53-57 del Reglamento de la CIDH de 1960 (vigente en aquel momento) y en el artículo 24 del Estatuto de la Comisión.

Paulina Ramírez vs. Mexico (2007)

En este acuerdo de solución amistosa, la Comisión 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 supuestas violaciones a sus derechos reproductivos. Dichas violaciones consistirían en permitir que ésta fuera expuesta a consejería y materiales pro vida, interfiriendo así con su supuesto derecho a abortar después de sufrir una violación sexual y obligándole a dar a luz a su hijo Isaac de Jesús Ramírez Jacinto²².

Desde 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, que resultaron en un acuerdo de solución amistosa, en el cual el Estado se allanó a todas las demandas de los peticionarios y asumió numerosos compromisos, como proveer generosas reparaciones por “daño moral” a Paulina por el nacimiento de su hijo no deseado²³, reformar su legislación interna para agilizar los procedimientos para realizar abortos, minimizar el acceso a la información o consejería pro vida y publicar una disculpa pública en los

21 Ver Baby Boy, párr. 14 (c).

22 CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161-02 (Solución amistosa), Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo (2007), párr. 11-12.

23 Ibid., párr. 16, incisos 1&9.

diarios de mayor circulación, entre otros²⁴. Posteriormente, la Comisión dio seguimiento al cumplimiento de dichos compromisos y celebró la celeridad con que el Estado cumplió con sus “obligaciones asumidas en los tratados”, haciendo vagas referencias a la Convención de Belém do Pará, los derechos de la mujer, el aborto como servicio de salud y la igualdad y no discriminación²⁵.

James Demers vs. Canada

Esta petición consiste principalmente en una denuncia por violaciones del derecho a la libertad de expresión de un activista pro vida, condenado criminalmente por protestar pacíficamente frente a una clínica de abortos. Adicionalmente, la petición incluye una denuncia por violación del derecho a la vida de los no nacidos canadienses, en virtud de la Declaración Americana (ya que Canadá no es parte de la Convención)²⁶. La primera denuncia fue admitida, sin embargo, la segunda fue declarada inadmisibile por falta de competencia *ratione personae*, ya que, de acuerdo a la Comisión, la denuncia en nombre de los “cientos de miles de niños no nacidos y sus madres” y/o de una menor y su madre referidas por el peticionario fueron formuladas *in abstracto*, al estilo de un *actio popularis*, faltando entonces el requisito necesario de individualización y determinación de las supuestas víctimas²⁷.

Por otra parte, la Comisión no negó la prohibición del aborto voluntario contenida en el artículo 4(1) de la Convención²⁸, a pesar de que el Estado de Canadá alegó reiteradamente que en base a la decisión en *Baby Boy*, los “abortos prestados legalmente no violan ningún derecho protegido por la Declaración”. Tampoco declaró la denuncia en cuanto a la vida de los no nacidos como “manifiestamente infundada e improcedente” como solicitó el

24 Ibid., párr. 5–8, 16. Ver Pronunciamiento Público de Responsabilidad en Anexos.

25 Ibid., párr.17–19.

26 CIDH, Informe No. 85/06, Petición 225–04 (Admisibilidad), James Demers, Canadá, 21 de octubre (2006).

27 Ibid. párr. 40–45.

28 Para propósitos del presente artículo, entiéndase por aborto voluntario el aborto provocado intencionalmente, con consentimiento de la madre, ya sea quirúrgico o farmacológico.

Estado²⁹. Asimismo, la Comisión aceptó a los niños no nacidos como supuestas víctimas de violaciones bajo la Convención, siempre y cuando las denuncias en nombre de éstos fueran individualizadas³⁰.

*Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica (anteriormente Ana Victoria Sanchez Villalobos vs. Costa Rica y Petición 12.361)*³¹ y *Daniel Gerardo Gomez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*³²

En ambas peticiones, un grupo de parejas infértiles alegan violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, cuya Corte Suprema prohibió la práctica de la fertilización in vitro (FIV) desde el año 2000, debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento³³.

En el 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla, la pareja representativa de las víctimas de la prohibición de la FIV, se retiraron de la 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 y que la FIV violenta su derecho a la vida recomendando a otras parejas infértiles adoptar en lugar de producir nuevas vidas humanas en tubos de ensayo³⁴. La Comisión cambió el nombre de la petición a *Petición 12.361* y luego a *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica*, pero no hizo mención alguna de este hecho en posteriores informes o comunicados de prensa.

En el 2004 y 2010 respectivamente, la Comisión declaró ambas peticiones

29 CIDH. Informe No. 85/06, Petición 225-04, Admisibilidad, James Demers, Canadá, 21 de octubre de 2006, OEA/ Ser. L. /V/II. (Oct 21, 2006), párr. 31, 38 & 39.

30 Ibid. párr. 42 & 44.

31 CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 69.

32 CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º. de noviembre (2010).

33 CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 2, 17 & 30.

34 Ver *Mujer comprende que vida comienza en concepción y retira demanda contra Costa Rica*, ACIPRENSA (2008), <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=23767>

admisibles respecto a los siguientes artículos de la Convención Americana: 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 en relación a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (2) (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y artículo 8 (garantías judiciales), *inter alia*³⁵.

En agosto del 2010, la CIDH emitió un informe de fondo sobre la petición 12.361 (no publicado hasta octubre del 2011) y, un año después, en agosto del 2011, remitió el caso ante la Corte Interamericana, alegando que la prohibición constitucional contra la fertilización in vitro en Costa Rica constituiría 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 mujeres³⁶.

Previo a la emisión del informe, la CIDH había recomendado a Costa Rica legalizar y subsidiar la práctica de la FIV a pesar de la protección a la vida del embrión contenida en la Convención Americana³⁷. De acuerdo a la prensa nacional, la CIDH estableció varios plazos límite para aprobar que el Congreso costarricense aprobara una ley que legalizara la FIV y otras técnicas de reproducción artificial y proveyera fondos públicos para la práctica de la misma, con los cuales este habría incumplido³⁸.

35Ver CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), Conclusiones, párr. 1 & 3 e Informe No. 85/06, Petición 225-04, Admisibilidad, James Demers, Canada, 21 de octubre de 2006, OEA/ Ser. L. /V/II. (Oct 21, 2006), Conclusiones, párr. 1&2.

36 CIDH, Comunicado de Prensa No. 91/11, CIDH presenta caso sobre Costa Rica ante la Corte IDH. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp.htm>

37 Ver Murillo, Alvaro (2011). *La Costa Rica Católica se atasca con la fertilización in vitro*, Diario El País (San José, Costa Rica), 12 de julio, 2011, http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Costa/Rica/catolica/atasca/fertilizacion/in/vitro/elpepuintlat/20110712elpepusoc_12/Tes

38 E.g., Avendaño, Carlos (2011), *Fecundación in vitro: trámite exprés*, <http://www2.diarioextra.com/2011/marzo/15/opinion04.php> y “CIDH Extends Deadline For Approval Of Law For In-Vitro Fertilization In Costa Rica” en <http://insidecostarica.com/dailynews/2011/>

El caso, que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte Interamericana, presenta un ataque frontal al derecho a la vida desde el momento de la concepción en los Estados parte de la Convención Americana. Si la Corte Interamericana decidiera, tal como solicita la Comisión, crear un derecho humano a las técnicas de reproducción artificial que resultan en destrucción embrionaria, Costa Rica y todos los Estados parte de la Convención Americana estarían obligados a legalizar y subsidiar dichas técnicas y se verían en la imposibilidad de limitar o regular el uso de dichas tecnologías por parte de su población. Asimismo, sería la primera ocasión en que un tribunal internacional en el mundo afirmaría la existencia de tal derecho, pues incluso el Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, que generalmente aplica un estándar de protección mucho más bajo a la protección de la vida del no nacido, negó recientemente la existencia de un derecho humano a la fertilización in vitro en *S.H. y otros vs. Austria*³⁹.

MC 43-10 “Amelia” (Nicaragua)

Aunque la Comisión ha sugerido en los informes anteriormente mencionados que la legalización del aborto es compatible con la Convención Americana; en otras instancias, como en el caso de *Amelia*, se ha negado a crear un supuesto derecho al aborto. Recientemente, varias ONG por la legalización del aborto en Nicaragua (entre ellas, Católicas por el Derecho a Decidir)⁴⁰ solicitaron a la Comisión otorgar medidas cautelares que ordenaran un aborto para Amelia (pseudónimo), una mujer nicaragüense de 27 años que sufriría de un cáncer metastático, cuyos médicos se negarían a proporcionarle quimioterapia debido a su estado de embarazo⁴¹.

february/24/costarica11022402.htm

39 See European Court on Human Rights, *Case of S.H and Others v. Austria*, Judgment, April 1, 2010.

40 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.

41 Ver Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2010. Disponible en <http://www.cidh.org/medidas/2010.sp.htm>

La Comisión, sin embargo, se negó a ordenar el aborto solicitado y emitió medidas cautelares limitadas al tratamiento médico de la supuesta víctima, solicitando 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 metastático”⁴². Así, la Comisión evitó dar reconocimiento a un supuesto derecho al aborto “terapéutico”, resolviendo que la supuesta víctima se encontraba en necesidad de tratamiento médico, no de un aborto.

El Estado de Nicaragua cumplió con las medidas dentro del plazo de 5 días otorgado para responder a la CIDH, brindando quimioterapia a Amelia, lo cual le produjo la muerte de su niño no nacido en el vientre materno. Posteriormente, insatisfechas con el resultado de las medidas, las organizaciones involucradas en la petición condenaron como “inhumano” el hecho de que Amelia había llevado 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”⁴³.

Además de esta solicitud de medidas cautelares, existen otros informes en los que la CIDH ha condenado algunas formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario, al igual que otros actos de violencia a mujeres embarazadas y niños no nacidos, refiriéndose al aborto como violación de derechos humanos. Por ejemplo, en su informe anual de 1971, la Comisión 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”⁴⁴. Asimismo, en 1995 se refirió al aborto forzado como una forma de tortura, refiriéndose a “golpes en los pechos y el

42 Ibid.

43 Ver *Feministas en Resistencia Honduras*, Aborto en Centroamérica: una región donde se acumula la injusticia, 29 de septiembre, 2010, <http://feministascontraelgolpehn.blogspot.com/2010/09/aborto-en-centroamerica-una-region.html>

44 Ver CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *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*, OAS/Ser.L/V/III/27, Doc. 11 rev., 6 marzo 1972, Parte II, párr. 1. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/71sp/parte2.htm>.

vientre, frecuentemente infligidos a mujeres embarazadas con la intención de causar un aborto o de deteriorar la capacidad de engendrar” como una forma de “tortura sexual”⁴⁵.

4. Aplicación de las normas internacionales de interpretación de los tratados

4.1 Sentido corriente del texto del tratado

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante Convención de Viena)⁴⁶, artículo 31, la interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana debe comenzar con el texto mismo del tratado. La Convención de Viena establece que esta interpretación debe llevarse a cabo de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Una interpretación de buena fe y de acuerdo al sentido corriente de los términos del tratado ciertamente llevaría a concluir que el artículo 4(1) protege al niño no nacido contra todo aborto provocado intencionalmente o todo acto voluntario tendiente a su destrucción, ya que la Convención claramente protege la vida humana *in utero* desde el momento de la concepción, no a partir del nacimiento. En *Baby Boy*, el Comisionado Monroy señaló que: “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”⁴⁷.

En este sentido, los Estados parte han manifestado su entendimiento

45 Ver CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Capítulo IV: la Situación de los Derechos Humanos en Haití*, párr. 123. Disponible en <http://www.cidh.org/women/haiti95mujer.htm>

46 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia 27 de enero de 1980.

47 Ver *Baby Boy*, Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, párr.6 y 9.

de que la Convención Americana prohíbe el aborto y protege la vida del no nacido desde la concepción. Por ejemplo, en declaraciones de reserva hechas en las Conferencias Internacionales de Beijing y Cairo, varios países como El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana invocaron la Convención Americana al rechazar interpretaciones de términos relacionados con la salud reproductiva que incluyeran un supuesto derecho al aborto⁴⁸.

4.2 Interpretación no restrictiva del derecho a la vida

La Corte ha expresado reiteradamente que el derecho a la vida es universal, inalienable, no-derogable y esencial para el ejercicio de cualquier otro derecho humano, reiterando que cualquier enfoque restrictivo del mismo es inadmisibles⁴⁹.

Como derecho universal, el derecho a la vida pertenece a toda persona a partir del momento de su concepción, de acuerdo al artículo 4 de la Convención. Por lo tanto, no puede ser otorgado exclusivamente a ciertas categorías

48 Ver Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, U.N. Doc A/CONF.171/13/Rev.1(1994), disponible en http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf e Informe de la Cuarta Conferencia Internacional sobre la Mujer, U.N. Doc. A/CONF.177/20/Rev.1(1996). Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

49 Ver Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 60; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150; Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82–83; Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 82.

de personas: a los nacidos pero no a los no nacidos, a los niños deseados pero no a los no deseados, a los sanos pero no a los que están afectados por enfermedades congénitas. Tales distinciones claramente constituirían líneas arbitrarias y discriminatorias en la protección del derecho a la vida, y la arbitrariedad en la privación de este derecho se encuentra específicamente prohibida por el artículo 4(1).

Como derecho inalienable y reconocido en la Convención Americana⁵⁰, el derecho del no nacido a la vida desde el momento de la concepción, no le puede ser arrebatado o suspendido, su reconocimiento no puede ser revertido por los órganos del Sistema Interamericano, de acuerdo a las normas de interpretación de la Convención Americana que establecen que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” ni de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.

El artículo 27(2) de la Convención establece que el derecho a la vida no es derogable, ni lo son tampoco las garantías judiciales para su protección. Al respecto, la Corte ha interpretado este artículo expresando que el derecho a la vida es inderogable pues no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados parte⁵¹. La derogación de la vida del niño no nacido autorizando su muerte o destrucción por simple acto de voluntad de sus padres sería por lo tanto, una violación de este principio. Igualmente, la derogación del derecho a la vida desde la concepción en base a cálculos de proporcionalidad entre la vida del no nacido y el supuesto derecho a la privacidad o derecho a la integridad personal de la mujer atentaría contra la Convención pues, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte “el derecho a la vida es un derecho

50 Ver artículo 29 (c) de la Convención Americana.

51 Ver Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 119.

humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos⁵², razón por la cual prevalece sobre otros intereses menores.

Asimismo, la Corte ha expresado que “El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado”⁵³ y que “no son admisibles enfoques restrictivos al mismo”⁵⁴. La Comisión, sin embargo, propuso una interpretación restrictiva del derecho a la vida desde la concepción en *Baby Boy*, sugiriendo que, en virtud de la expresión “en general” contenida en el artículo 4(1), la Convención podría permitir la legalización del aborto en el ámbito doméstico⁵⁵. Interpretaciones del derecho a la vida desde la concepción como ésta serían tan restrictivas que, de ser aplicadas, eliminarían la presunción de un derecho a la vida del no nacido, convirtiendo el reconocimiento de este en la excepción, en lugar de la norma.

Si bien el término “en general” podría, en efecto, indicar legítimas excepciones al derecho a la vida, o al derecho a la vida desde la concepción en particular, como alegó la Comisión en *Baby Boy*, estas serían, sin embargo, extremadamente limitadas de acuerdo a un enfoque no restrictivo del derecho a la vida. Excepciones no restrictivas al derecho a la vida comprendidas en la expresión “en general” podrían incluir la legítima defensa, reconocida por todas las jurisdicciones de la región, el homicidio culposo, excepciones creadas por

52 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; y Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152.

53 Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 3.

54 Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 14; Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82.

55 *Baby Boy*, párr. 25.

el derecho internacional humanitario para situaciones de conflicto armado, o incluso excepciones para el aborto involuntario, e.g. aquel ocurrido durante tratamientos médicos no-abortivos, o aquel en que el estado de embarazo de una víctima era desconocido.

En cuanto a la intención legislativa al introducir la expresión “en general”⁵⁶, es importante mencionar que, durante los *travaux préparatoires* de la Convención, esta fue introducida por la CIDH (de la cual el relator de *Baby Boy* era miembro en ese momento), no por iniciativa de ningún Estado parte ni por consenso democrático de éstos⁵⁷, mas no existe ningún indicio de que los Estados parte intentaran crear excepciones al derecho a la vida para la legalización del aborto voluntario mediante su inclusión en el texto final de la Convención. El examen de los *travaux préparatoires* de la Convención revela que los Estados latinoamericanos intentaron otorgar protección a la vida del no nacido contra el aborto voluntario desde el inicio del proceso de adopción y ratificación de la Convención Americana. El derecho a la vida desde la concepción fue reconocido explícitamente desde el primer Proyecto de Convención redactado por el Comité Interamericano de Jurisconsultos⁵⁸ hasta la Conferencia Especializada en Derechos Humanos, Conferencia de San José, donde los Estados parte rechazaron sugerencias de eliminar esta protección para permitir que los países legalizaran “los más variados casos de aborto”⁵⁹, y reiteraron su voluntad de proteger la vida del no nacido⁶⁰. El Estado de Ecuador solicitó la eliminación de la expresión “en general”, intro-

56 La intención legislativa de los Estados parte al adoptar la Convención Americana podría ser examinada si, de acuerdo al artículo 31 (4) y 32 de la Convención, la interpretación textual dejara ambiguo u oscuro el sentido de la Convención o condujera a un resultado “manifiestamente absurdo o irrazonable”.

57 *Baby Boy*, párr. 25.

58 *Baby Boy*, párr. 21.

59 Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 121 (7-22 de noviembre, 1969), pág. 121 y 160. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/15388.pdf>

60 *Ibid.*, pág. 121, 159-160.

ducida por la Comisión⁶¹, y el Presidente de la Comisión de Trabajo, también representante de Venezuela indicó en cuanto al derecho a la vida desde la concepción, que “no puede haber concesiones”, juzgando “inaceptable una Convención que no consagre dicho principio”⁶². Asimismo, varios Estados, como Chile y El Salvador, apoyaron propuestas destinadas a proteger la vida desde el momento de la concepción⁶³.

Por el contrario, sí existe evidencia de que los Estados debatieron el tema de la pena de muerte, considerado por varios Estados como una legítima excepción al derecho a la vida en aquel tiempo⁶⁴. Las observaciones de Uruguay respecto al artículo sobre el derecho a la vida ilustran las negociaciones en torno al texto final y las posibles razones de la inclusión de “en general”; lamentando la aceptación de la pena de muerte como legítima excepción al derecho a la vida, sugiriendo limitaciones a ésta y reconociendo que: “Ha de tenerse en cuenta, sin embargo que el Anteproyecto es el resultado de inevitables transacciones en el seno de la Comisión que lo preparó y que el artículo 3 tomó la forma que se le ha dado luego de largos debates en que se opusieron concepciones irreductibles” y que “siendo ello así, juzga el Uruguay, en el caso, lo que mejor conviene por ser lo más viable, ya que no habría ambiente para la supresión de la pena de muerte, es intentar el perfeccionamiento del Artículo....”⁶⁵ Asimismo, el resto del artículo 4, sobre el derecho a la vida,

61 Ibid., pág. 160.

62 Ibid.

63 Ibid.

64 Ver Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 121 (7–22 de noviembre, 1969), Actas de las sesiones tercera y cuarta de la Comisión I, Doc. 38, Corr. 1 y Doc. 40, Corr.1, 16 de noviembre de 1969, pág. 163 a 168.

65 Ver “Observaciones del Gobierno del Uruguay al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos”, en Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 121 (7–22 de noviembre, 1969), pág. 36. Citado en Bach de Chazal, Ricardo, *Algunos Aspectos Relativos A La Tutela Del Derecho A La Vida En El Sistema Interamericano De Los Derechos Humanos*, pág. 12–13.

contiene disposiciones sobre la pena de muerte y no sobre aborto. Tres Estados (Barbados, Guatemala y Trinidad y Tobago) hicieron reserva al artículo 4 sobre la pena de muerte, permitida por la ley en sus respectivas jurisdicciones⁶⁶.

En todo caso, una interpretación no restrictiva del artículo 4(1) aplicaría principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio *pro homine*⁶⁷, llamado también principio *pro personae*, codificado en el artículo 29(b) de la Convención, y aplicado repetidamente por la Comisión y la Corte Interamericana⁶⁸. La Comisión ha reconocido que este principio, que establece que, en caso de duda, prevalecerá la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos humanos del individuo, “rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el Derecho de los derechos humanos”⁶⁹. La Corte ha señalado, al respecto, que “el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”⁷⁰. Igualmente, la

66 Ver Estado de firmas y ratificaciones en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>.

67 Ver Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 11; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 12. Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 283; Corte IDH. Caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 143.

68 Ver Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 13 (c).

69 Ver CIDH, Informe No. 137/99, Caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros, Chile, 27 de diciembre de 1999; CIDH Informe No. 66/06, caso 12.001 (Fondo), Simone André Diniz, Brasil, 21 de octubre de 2006, párr. 23.

70 Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2

Comisión ha declarado que, para evitar que las excepciones a los derechos humanos se conviertan en regla, toda limitación a los derechos humanos debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*⁷¹. Por lo tanto, cualquier limitación al derecho a la vida del no nacido supuestamente contenida en la expresión “en general” debería ser sumamente restringida, prevaleciendo aquella interpretación que otorgue mayor y mejor protección de la vida desde la concepción sobre aquellas que intenten limitarla o condicionarla.

4.3 Práctica de los Estados y opinio juris

De acuerdo al artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, constituye también parte del contexto del tratado, para fines de interpretación, “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”⁷². Por ello, la práctica respecto al reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción en la región, al igual que aquella respecto a la legalización del aborto o su posible reconocimiento como un derecho humano, serían también relevantes en una interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana. En *Baby Boy*, la Comisión erróneamente examinó la práctica anterior a la adopción del tratado⁷³ en un análisis que, dicho sea de paso, presentaba errores históricos de hecho e importantes omisiones⁷⁴. De acuerdo a la Convención de Viena, sin embargo, para una correcta interpretación del tratado es relevante únicamente la práctica posterior a su adopción, no la anterior a ésta.

Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 36.

71 Ver CIDH, Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009.

72 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679.
73 *Baby Boy*, párr. 19(f).

74 Ver De Jesús, Ligia M. *Revisiting Baby Boy v. United States: why the Iachr resolution did not effectively undermine the Inter-American system on human rights' protection of the right to life from conception*, Florida Journal of International Law (de próxima aparición).

Un análisis actualizado del *opinio juris* y la práctica contemporánea en relación al aborto en América Latina y el Caribe revelaría que aunque algunos países han despenalizado algunos tipos de aborto (e.g. Brasil, Argentina, Cuba, Panamá), virtualmente ningún Estado ha legalizado el aborto en cualquier circunstancia y ninguno, con excepción de Colombia, ha contemplado el aborto como un derecho humano⁷⁵. La gran mayoría de Estados Latinoamericanos y del Caribe penalizan varios supuestos de aborto voluntario y 5 países del Continente actualmente lo prohíben por completo (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana)⁷⁶.

5. Potencial desarrollo de los derechos del no nacido en el sistema interamericano

El artículo 4(1) de la Convención Americana contiene un significativo potencial para la protección de la vida del niño no nacido frente a todas las formas de aborto o destrucción voluntaria y presenta una variedad de posibilidades para la futura justiciabilidad de sus derechos. Conjuntamente con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana establece una amplia protección a la vida y desarrollo del no nacido que va más allá de aquella otorgada explícitamente por cualquier otro sistema regional de derechos humanos.

5.1 Derechos del niño no nacido

Dado que la Corte se ha referido a niños no nacidos como “niños”, “menores” y “bebés”, los derechos del niño son derechos del niño no nacido. Asimismo, la Corte adoptó la definición de niño de la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 1) como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”⁷⁷, estableciendo un techo relativo a la edad mas

75 Ver Informes de Centro de Derechos Reproductivos, <http://reproductiverights.org/es/biblioteca-de-recursos/libros-e-informes>

76 Ibid.

77 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188.

no un límite inferior, permitiendo así a los niños no nacidos ser incluidos en dicha definición⁷⁸.

En múltiples ocasiones, la Corte Interamericana ha condenado encarecidamente las violaciones al derecho a la vida de niños, señalando que éstas “revisten especial gravedad”⁷⁹. También la Comisión ha destacado la existencia de una esfera de protección especial al niño, fundada en el reconocimiento de “la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño y su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos”, criterios que el niño no nacido, en particular, satisface⁸⁰. Las violaciones al derecho a la vida del no nacido, por lo tanto, deberían revestir al menos un igual grado de gravedad.

La Corte también ha sostenido que, al tratarse del derecho a la vida de los niños, el Estado tiene doble obligación bajo los artículos 4 y 19 de la Con-

78 Ver Declaración de Argentina al momento de la firma de la Convención sobre Derechos del Niño, expresando su entendimiento del término niño como todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad. Disponible en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

79 Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113. Ver Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54 citando Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 244; Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152; Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156, párr. 33.

80 CIDH, *Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes*, párr. 23. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Ninez/CastigoCorporal2009/CastigoCorporal.Indice.htm>

vención: la obligación de respetar la vida del niño y de prevenir violaciones a ésta⁸¹. Una decisión sobre el derecho a la vida desde la concepción debería entonces pronunciarse sobre ambos artículos y recomendar tanto medidas punitivas para cualquier acto destinado a destruir la vida del no nacido como medidas de prevención al respecto, e.g. programas de asistencia social a mujeres embarazadas de escasos recursos y promoción estatal de alternativas al aborto, como la adopción, etc.

Asimismo, en aplicación de la Convención Americana, que en su artículo 4(5) prohíbe la aplicación de la pena de muerte a niños menores de 18 años⁸², la Comisión ha afirmado repetidamente que “todos los Estados miembro de la OEA reconocen una norma de *jus cogens* que prohíbe la ejecución de niños menores de edad”⁸³. Dado que el aborto intencional constituye una forma de ejecución más grave que la pena de muerte, pues carece de garantías procesales y de reconocimiento de la personalidad jurídica del niño, no existiría razón legítima para otorgar un menor estándar de protección a la vida del no nacido, protegida desde el momento de la concepción en la Convención Americana.

La Convención Americana en su totalidad es aplicable para la protección de los derechos del niño no nacido, al igual que la Comisión ha expresado respecto del niño o niña nato⁸⁴. Por ello, otros principios, como el interés

81 Ver Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 162.; Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Párr. 124 y 171; Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138. Ver también artículo XXX de la Declaración Americana.

82 Ver idéntica prohibición en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6(5) y la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 37(a).

83 Ver CIDH, Informe N° 62/02, Caso 12.285 (Fondo), Michael Domingues, Estados Unidos, 22 de octubre (2002).

84 Ver CIDH, *La Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (segunda edición), párr. 21. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2cap1.sp.htm>

superior del niño o la igualdad ante la ley, también son aplicables a los niños no nacidos. La Corte ha señalado, en su Opinión Consultiva OC/17–2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, aplicable también al niño no nacido, que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño⁸⁵. No es difícil argumentar que entre la vida y la muerte, el interés superior del niño será siempre vivir.

5.2 Personalidad jurídica del no nacido

El texto del artículo 4(1) establece que toda “persona” tiene derecho a que se respete su derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo cual indica claramente que los Estados parte reconocieron al niño no nacido como “persona” desde el momento de la concepción, de acuerdo a una interpretación de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, como expresó Rafael Nieto Navia, ex Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁶. El artículo 1(2) de la Convención indica que persona es todo ser humano, dando así reconocimiento a la naturaleza humana del no nacido, que siendo persona o ser humano, se vuelve sujeto de derechos en el sistema interamericano. Asimismo, el Preámbulo de la Convención señala que los derechos esenciales del hombre derivan de su naturaleza humana, no de atributos o características particulares, o percepciones de terceros; en este caso, terceros que negaran la personalidad jurídica del niño no nacido debido a su inmaduro estado de desarrollo.

La Corte Interamericana ha reiterado que “la falta del reconocimiento de

85 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 2.

86 Ver Nieto Navia, Rafael. *Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto*, Revista Persona y Bioética, Vol. 9, N° 1 (24), pp. 21–42, Colombia, 2005 citado en Ricardo Bach de Chazal, *Inconstitucionalidad y No Convencionalidad del Aborto Voluntario*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año III, número 6, julio (2011), Editorial La Ley, pág. 36–39.

la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”⁸⁷. Negar la existencia jurídica del niño no nacido sería, por lo tanto, una violación a este derecho contemplado en el artículo 3 de la Convención Americana, respecto del cual la Corte Interamericana ha afirmado que si bien los niños y otros incapaces legalmente carecen de la capacidad de ejercer plenamente sus derechos (por ejemplo, derecho al sufragio o derechos patrimoniales), estos son plenamente titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana⁸⁸. Consecuentemente, la incapacidad civil del niño no nacido no impide el goce de sus derechos humanos, particularmente, de su derecho a la vida y a ser reconocido como persona ante la ley.

5.3 Igualdad del no nacido ante la ley

La legalización del aborto voluntario conlleva una denegación del derecho a la vida a un grupo particular de personas: los niños no nacidos, lo cual constituiría discriminación por razón de edad o nacimiento prohibida por la Convención Americana en su artículo 1(1), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador) (artículo 3), la Convención sobre Derechos del Niño en su Preámbulo y en el artículo 2(1) y la Declaración de Derechos de los Derechos del Niño, principio 1⁸⁹. En cuanto a los niños no nacidos discapacitados eliminados a través de abortos eugenésicos, estos serían víctimas de grave discriminación

87 Ver Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 179 y Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 179.

88 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 41.

89 Ver también el artículo 24(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que prohíben la discriminación por razón de nacimiento.

en base a la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*.

Los instrumentos del Sistema Interamericano fueron adoptados en base al principio de igualdad de todos los seres humanos. El artículo 24 de la Convención y artículo II de la Declaración establecen que todas las personas, sin discriminación, tienen derecho a igual protección ante la ley. En vista de que el niño no nacido es persona, de acuerdo a la Convención Americana, éste goza también del derecho a la igualdad ante la ley.

5.4 Derechos económicos, sociales y culturales

Además de prohibir el aborto en sus diferentes formas, los Estados parte de la Convención tienen la obligación de prevenirlos. Al respecto, la Corte ha reiterado que “el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4 de la Convención Americana, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores”⁹⁰.

Garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de los niños no nacidos y sus padres puede ser una medida de prevención en aquellas situaciones en que la pobreza constituye un factor importante en la incidencia de abortos voluntarios. Sergio García Ramírez, ex Juez de la Corte Interamericana, en su artículo “Bioética y Protección de los Derechos Humanos ante la Jurisdicción Interamericana”⁹¹, señaló la aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y del artículo 26 de la Convención (desarrollo progresivo) a los temas bioéticos, entre los cuales menciona la fertilización in vitro y la manipulación o supresión de la vida del embrión, ya que los derechos humanos son indivisibles, como expresa el Preámbulo del Protocolo de San Salvador.

90 Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144 y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 34.

91 Sergio García Ramírez, “Bioética y Protección de los Derechos Humanos ante la Jurisdicción Interamericana” en *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas* (2009). Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2673>

Asimismo, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 15(3)(a), establece un derecho a la salud pre-natal que sería justiciable frente a la Comisión o la Corte. El Protocolo, en su artículo 15 y la Convención sobre Derechos del Niño en sus artículos 6(2), 24(2)(d) y 27(1) establecen el derecho a la atención médica antes del nacimiento, a la supervivencia y el desarrollo físico. Igualmente, la Declaración sobre Derechos del Niño, Principio 2, reconoce el derecho al desarrollo físico y establece que “al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Los Estados parte estarían así obligados, de acuerdo a la disponibilidad de sus recursos, a reconocer y garantizar paulatinamente estos derechos, de acuerdo al artículo 26 de la Convención sobre desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y al artículo 4 de la Convención sobre Derechos del Niño. En este sentido, la Corte ha señalado que “El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado, el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles”⁹².

Si bien la CIDH carece de competencia *ratione materiae* para pronunciarse en un caso individual respecto a violaciones del Protocolo de San Salvador, esta ha indicado anteriormente que, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana, puede considerar las disposiciones contenidas en dicho Protocolo en la medida que sea relevante para su aplicación de la Convención Americana⁹³.

92 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 81.

93 Ver CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º. de noviembre (2010), párr.49; Informe No. 44/04, Laura Tena Colunga y otros (Inadmisibilidad), México, 13 de octubre de 2004. párr. 33-40; Informe No. 29/01, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros (Admisibilidad), El Salvador, párr. 36.

6. Conclusión

Los Estados parte de la Convención Americana otorgaron explícitamente protección a la vida desde el momento de la concepción en el artículo 4(1), protegiendo al niño no nacido como sujeto de derechos de cualquier acto que intencionalmente cause su muerte o destrucción. La Corte Interamericana ha sido benevolente frente a esta disposición refiriéndose al niño no nacido como “niño” o “menor”, reconociendo al aborto inducido como una violación a los derechos humanos y afirmando el derecho a la salud pre-natal en su jurisprudencia, como se indica en la sección II.

La posición de la Comisión sobre el derecho a la vida, sin embargo, ha variado dependiendo del momento histórico y de su composición. En diferentes momentos, algunos de sus informes de país e informes temáticos han promovido el derecho del no nacido a la vida condenando varias formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario. Sin embargo, desde *Baby Boy vs. Estados Unidos*, varios informes de la Comisión demuestran tendencias a una interpretación restrictiva del derecho a la vida desde la concepción e incluso hacia la creación misma de un derecho al aborto o a la reproducción artificial. Hasta la fecha, la Comisión ha publicado una resolución, un informe de solución amistosa y dos informes de admisibilidad, examinados en la sección III, donde promovió la legalización del aborto voluntario y de la fertilización in vitro. Si bien dichos informes tienen carácter no vinculante para los Estados parte o la Corte, la Comisión se ha servido de ellos para presionar a algunos Estados parte, como México y Costa Rica, para legalizar o liberalizar actos que producen la muerte de niños no nacidos, en contravención del artículo 4 de la Convención.

Una correcta interpretación de la Convención Americana por parte de la CIDH o de la Corte debería aplicar las normas internacionales de interpretación de los tratados. Un análisis del sentido corriente del tratado, realizado de buena fe, dentro de su contexto, tomando en cuenta la intención legislativa de los Estados parte al aprobar la Convención y la práctica posterior a la adopción de la Convención, llevaría a la conclusión de que el artículo 4(1) protege la vida del niño no nacido contra todo tipo de acto tendiente a su muerte o destrucción.

Una resolución consistente con el reconocimiento del no nacido como “niño” estipularía que el aborto voluntario es una grave violación de derechos humanos, como lo es toda violación contra el derecho a la vida de los niños, y recomendaría que esa práctica fuera combatida por los Estados parte de la Convención, no legalizada ni celebrada como un derecho humano. Asimismo, recomendaría medidas preventivas al respecto, incluyendo la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos presenta un significativo potencial en la protección del derecho a la vida del niño no nacido desde el momento de la concepción. El desarrollo progresivo del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción, enmarcado en los derechos del niño o como un asunto de discriminación, podría ser la contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al mundo en el campo del derecho internacional de los derechos humanos si los individuos que actualmente integran los órganos del Sistema honraran el espíritu y letra de la Convención Americana.