

INCONSTITUCIONALIDAD Y NO CONVENCIONALIDAD DEL ABORTO VOLUNTARIO

Ricardo Bach de Chazal

SUMARIO: I. Pinceladas iniciales. II Quosque tandem abutere, Baby Boy, patientia nostra? II.1. El Caso Baby Boy. II.2. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. II.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. III. La Convención sobre los Derechos del Niño. IV. Un repertorio de iniquidades. IV.a) Anotación general IV.b) Dos casos de la CIDH. IV.c) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Derecho a la Vida de los Niños y el Comité de Derechos Humanos. IV.d) Observaciones del Comité para la Eliminación de la discriminación contra la Mujer IV.e) Observaciones del Comité de los Derechos del Niño. V. Conclusión

I. Pinceladas iniciales

El bloque de constitucionalidad federal argentino establecido en el texto de la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos a los que en 1994 se asignó jerarquía constitucional, protege la inviolabilidad de la vida de los seres humanos desde el momento de su concepción. Ello no obstante, en algunos fallos judiciales posteriores y en una cierta doctrina se ha pretendido que esos textos, que se encuentran en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico, resultarían compatibles con la aceptación de alguna forma de aborto voluntario en nuestra legislación. Quienes esto pretenden, de ordinario acuden a determinadas y puntuales opiniones de algunos órganos de vigilancia vinculados a distintos instrumentos internacionales, particularmente a la sesgada interpretación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 23/81, relativo al caso conocido como “Baby Boy”.

Frente a tales visiones restrictivas de derecho a la vida, intentaremos demostrar en estas líneas que la cruenta masacre de inocentes que significa la legitimación de cualquier forma de aborto voluntario tampoco encuentra justificación en tales argumentos, valiéndonos de la lógica jurídica y las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Ley N° 19.865¹.

II. Quosque tandem abutere, Baby Boy, patientia nostra?

II. 1. El Caso Baby Boy.

¹ **Artículo 31. Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. **Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.** Se podrán 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.

Muchas veces en la discusión en torno al aborto, se evoca el poco feliz informe 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Caso 2441 (Baby Boy), cuyos antecedentes pueden sintetizarse del siguiente modo: En el año 1973, a partir de las sentencias dictadas en los casos *Roe vs. Wade*² y *Doe vs. Bolton*³, el aborto comenzó a ser admitido en los Estados Unidos. En ese contexto, una sentencia dictada el 17 de diciembre de 1976 por la Corte Suprema del Estado de Massachussets absolvió al Dr. Kenneth Edelin, que inicialmente había sido condenado por practicar el aborto de un niño (ficticiamente identificado como Baby Boy) en el Boston City Hospital de ese Estado. Por tales motivos los Estados Unidos fueron denunciados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por violación al derecho a la vida protegido por el artículo 1° de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, interpretado a la luz del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este último instrumento fue invocado sólo como pauta interpretativa, en razón de que Estados Unidos sólo es parte de la Declaración. Como relator de la causa, la Comisión designó al brasileño Carlos A. Dunshee de Abranches, quien había intervenido de manera nada feliz durante las distintas etapas de la elaboración de la Convención Americana de Derechos Humanos. La decisión del caso resultó dividida, poniendo de relieve tres distintos criterios en el seno de la Comisión:

a) La mayoría de la Comisión, decidió declarar que el derecho a la vida consagrado en el artículo 1 de la Declaración Americana de 1948 no alcanzaba a los niños por nacer, porque del artículo pertinente se había eliminado la referencia al momento de la concepción que se hacía en los trabajos preparatorios. Con respecto al artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, opinó por similares razones que la expresión *en general* permitía una modulación del principio protector de la vida desde la concepción. Con esos subterfugios, la Comisión evitó brindar una opinión negativa con relación a los Estados Unidos, declarando finalmente que:

La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

b) Tan capciosa y desmañada interpretación de los textos, fue categóricamente desmentida en el mismo informe por los vigorosos votos negativos de los Comisionados Marco Gerardo Monroy Cabra y Luis Demetrio Tinoco Castro, quienes señalaron las tremendas falencias del voto de la mayoría.

En la ocasión, el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra señaló que:

El artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dice: "Todo ser humano tiene derecho a la vida". Considero que como el texto no distingue, la interpretación que se ajusta más a la genuina protección del derecho a la vida no es otra que la que sostiene que dicha protección comienza en la concepción y no en el nacimiento.

Que:

revisando el Informe del Grupo de Trabajo a la Comisión Sexta y las actas de ésta, no existe ninguna conclusión que permita con certeza inferir que la intención de los redactores de la Declaración hubiera sido que la protección al derecho a la vida comenzara con el nacimiento y mucho menos permitir el aborto ya que éste tema no fué abordado.

² 410 US 113

³ 419 U.S. 179

Que:

Como el Artículo 1 no expresa cuándo comienza la vida, se puede acudir a la ciencia médica que ha concluido que la vida tiene inicio en la fusión de dos series de cromosomas. La mayoría de los científicos están de acuerdo en que el feto es un ser humano y genéticamente está completo.

Y que:

La interrupción intencional, ilegítima del proceso fisiológico de la gravidez, con destrucción del embrión o muerte del feto, constituye indudablemente un atentado contra la vida y por ende una violación al artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En la parte resolutive de su voto, expresó de manera rotunda que:

1. El artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre protege la vida humana desde la concepción. 2. Los trabajos preparatorios de la Declaración y la discusión del artículo I en la Comisión 6a. y en el Grupo de Trabajo no permiten concluir que la intención de sus redactores haya sido restringir la protección al derecho a la vida desde el nacimiento. 3. Las leyes sobre aborto violan el artículo I de la Declaración antes citada. 4. Las decisiones judiciales de Estados Unidos al terminar la protección jurídica de los niños no nacidos, constituyen una violación del artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 5. No es el caso de analizar el artículo 40 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuanto Estados Unidos no ha ratificado este tratado.

Por su parte, el Dr. Luis Demetrio Tinoco Castro, poniendo especial énfasis en la notoria falsedad de lo señalado por la mayoría, expresó que:

El estudio de las Actas y Documentos del Grupo de Trabajo relacionado y de la Comisión Sexta que tuvo a su cargo la consideración de estos artículos del Proyecto de Declaración me lleva a conclusiones contrarias a las consignas en el voto de la mayoría. No encuentro, en efecto, ni en el Informe del Grupo de Trabajo (Documento CB-310/CIN-41), que suscribe su Relator el Dr. Guy Pérez Cisneros, ni en el Informe de la Comisión Sexta (Documento CB-445/VI-36), que presenta su Relator don Luis López de Mesa, -según aparecen en las paginas 472 a 478 y 510 a 516 del Volumen V de Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, ninguna explicación específica de las razones que motivaron la eliminación de la frase complementaria que contiene el Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre presentado por el Comité Jurídico Interamericano (Documento CB-7) y que reconoce el "derecho a la vida, inclusive (a) los que están por nacer, así como también (a) los incurables, dementes y débiles mentales". Por lo que debo deducir que la razón de esa eliminación no fue otra que la que expresa el Relator señor López de Mesa en estos términos: "Asimismo se dispuso redactarlos (los derechos y deberes) en su mera esencia, sin enumeraciones- ejemplares o taxativas, que llevan consigo el riesgo de la difusión inútil y de la confusión peligrosa de sus límites. Y no puede ser otra la razón, porque no la habría para explicar la eliminación de la frase que reconoce el derecho a la vida a "los incurables, dementes y débiles mentales". Ahora bien: si la supresión de la frase que concierne a éstos no tiene otra justificación moral, lógica y jurídica que el propósito de la Comisión Sexta- y luego de la Asamblea General-, de evitar enumeraciones ejemplares o taxativas, por paridad de razón es preciso admitir que fue el propósito de evitar su "enumeración-- y no otro- lo que llevó a la Comisión y a la Asamblea a eliminar también la expresión innecesariamente explicativa-, de que inclusive los que están por nacer" tienen derecho a la vida.

No puedo compartir el criterio, por tanto, de que la supresión del concepto que explícitamente reconoce el derecho a la vida de los seres humanos "que están por

nacer" conforme al Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, obedeció a "un arreglo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico-, del cual arreglo o de cuyas objeciones no encuentro referencia alguna en las Actas del Grupo de Trabajo, de la Comisión Sexta, o de la Asamblea General de la Conferencia reunida en Bogotá. Por el contrario, el hecho de no figurar en los Volúmenes correspondientes de Actas y Documentos ninguna proposición concreta, ni proyecto escrito de alguna Delegación, que en forma expresa solicitara la supresión de la frase del Proyecto del Comité Jurídico que integraban los eminentes juristas Doctores Francisco Campos, José Joaquín Caicedo Castilla, E. Arroyo Lameda y Charles G. Fenwick, indica en mi criterio que la frase complementaria se suprimió por considerarse innecesaria, manteniéndose implícitamente el concepto- por nadie discutido o puesto en duda-, de que "toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer, así como también los incurables, dementes y débiles mentales".

Que

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por su parte, en forma llana y escueta dice: "Todo ser humano tiene derecho a la vida".

Dejando de lado los antecedentes jurídicos que condujeron a esta redacción simple del Artículo I de la Declaración, para resolver el presente Caso 2141 se hace necesario definir previamente la cuestión trascendental de la naturaleza del no nato, el tema de trascendentales consecuencias jurídicas y morales de precisar si es "ser humano con derecho a la vida el que se ha formado en el vientre de una mujer y aún se encuentra dentro de él. O si el "derecho a la vida" a que es acreedor todo ser humano según el referido Artículo I de la Declaración de Bogotá, debe entenderse que sólo ampara a quienes ya viven su vida propia, extra-uterina. En otros términos: ¿en qué momento de su largo proceso de formación, desarrollo, decadencia, y muerte, se considera que existe un "ser humano" con "derecho a la vida" y a la protección que le otorgan los instrumentos jurídicos fundamentales de la nueva disciplina de los Derechos Humanos?. Más concretamente, en cuanto atañe al problema que plantea el Caso 2141 a que nos referimos: cuándo el óvulo femenino fecundado por acción del varón, se ha constituido en un ser humano y tiene derecho a la vida.

Las razones expuestas no dejan ninguna duda en mi ánimo de que la Declaración Americana de los Derechos Humanos se refiere al período completo de la vida del hombre-desde la concepción hasta la muerte-, al afirmar que "todo ser humano tiene derecho a la vida"; de que, para ese valioso instrumento del Derecho Internacional, la vida no comienza con el nacimiento -fase final del proceso de gestación-, sino en el momento de la concepción, que es el momento en que se forma un nuevo ser humano, distinto del padre y de la madre; y que, al reconocer el derecho del no nacido a la vida, la Declaración rechaza la legitimidad de todo acto que autorice o tenga por aceptables hechos o prácticas que conduzcan a su muerte.

En conclusión, el distinguido jurista concluyó, manifestando que:

Con base en todo lo dicho, y analizando los hechos que sirven de base a la denuncia que dio origen a este Caso 2141, tal como se exponen en el Informe del Relator, y las argumentaciones formuladas por los denunciantes y los representantes del Gobierno de los Estados Unidos, es mi parecer que en el caso Commonwealth vs. Dr. Kenneth Edelin; (Caso de Baby Boy) la Corte Suprema Judicial del Estado de Massachusetts, al anular el fallo del jurado que condenó al acusado, y absolverlo de toda pena por considerar que en el proceso no se presentó prueba suficiente que demostrara la "temeridad" del encartado, ni la posibilidad de vida fuera del vientre del niño no nato que se identifica simplemente como Baby Boy, ni de que el autor del aborto "creyera

en la viabilidad del feto", desconoció, irrespetó y violó el Artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que reconoce que "todo ser humano tiene derecho a la vida".

c) Interesante es destacar que en el voto concurrente con el de la mayoría, el Dr. Andrés Aguilar M expresó que:

Estados Unidos de América no es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, por lo cual la tarea primordial de la Comisión es determinar si en este caso ha habido o no violación de alguno de los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Que:

La decisión de la mayoría... se limita... a decidir que los Estados Unidos de América no ha asumido la obligación internacional de proteger el derecho a la vida desde la concepción o desde otro momento anterior al nacimiento y que por consiguiente mal podría afirmarse que ha violado el derecho a la vida consagrado en el Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

No obstante lo cual, afirmó que compartía el criterio según el cual:

apoyado en opiniones de reputados hombres de ciencia de que la vida del ser humano comienza en el momento mismo de la concepción y debería merecer desde este momento plena protección, tanto en el derecho interno como en el internacional.

Como fácilmente se aprecia, no se trata de aplicar automáticamente el clisé "Baby Boy" a toda discusión relativa al aborto, ni es fácil aceptar acríticamente la opinión de la accidental y poco consistente mayoría. De allí que, a continuación, siguiendo las huellas trazadas a partir de los votos disidentes, y ateniéndonos a la estricta verdad histórica emergente de la rigurosa compulsión de las actas y documentos que conforman los antecedentes de los dos instrumentos internacionales involucrados, habremos de analizarlos desde el adecuado miraje que nos proporciona la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

II. 2. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue aprobada el 2 de mayo de 1948, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia. Su finalidad principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre", que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. En el acto de aprobación se reconoce que este sistema inicial de protección deberá ser fortalecido cada vez más en el campo internacional, a medida que las circunstancias vayan siendo más propicias. En lo que respecta al objeto de nuestro estudio, resultan dignas de análisis las disposiciones de sus artículos 1^{o4}, 2^{o5}, 7^{o6} y 17⁷.

Con respecto al texto del artículo 1^o, en el que se garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, la buena fe y el sentido corriente de las palabras indican que debemos considerar como comprendidos dentro de la protección consagrada, también a los seres humanos que, concebidos, aún no han nacido, pues la fórmula *Todo ser humano*, alude

⁴ Artículo 1: **Todo ser humano tiene derecho a la vida**, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁵ Artículo 2: **Todas las personas son iguales ante la ley** y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna

⁶ Artículo 7: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales".

⁷ Artículo 17: **Toda persona** tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales

inequívocamente a todos los integrantes de la especie humana, incluidos los niños por nacer, quienes (como lo sabe cualquier colegial), participan de esa condición desde el preciso instante de su concepción, es decir desde que el óvulo de la mujer es fecundado por el espermatozoide del varón, dando lugar a una nueva vida, distinta de la de sus padres. De esta manera, si todo ser humano tiene derecho a la vida, y, resulta indiscutible que el nascituro reviste ese carácter desde el mismo momento de la concepción o fecundación, es evidente que la vida de la persona por nacer se encuentra plenamente protegida por la norma que así lo reconoce.

Esta es la solución que mejor concilia, además, con el objeto y la finalidad del instrumento, que no es otra que la protección de los derechos esenciales de todo hombre. Por el contrario, resultaría ostensiblemente reñido con ese propósito que algunos de los habitantes del Continente, las personas por nacer, pudieran resultar desprovistos del derecho esencial a la vida, y, por ende, de todos los demás que los ordenamientos jurídicos les reconocen.

Por otra parte, no puede dejar de considerarse que complementan nuestro aserto, las prescripciones de los artículos 2, 7 y 17, en cuanto por ellas se asegura la igualdad ante la ley (que exige igualdad en la tutela de la ley) y el derecho de todo niño a protección y cuidado especiales, junto al derecho de toda persona a que se le reconozca como sujeto de derecho y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Así, una sana hermenéutica lleva a concluir que cualquier disposición de carácter ordinario que en alguno de los Estados parte pretendiera la impunidad de cualquier supuesto de aborto, resultaría francamente contraria a las disposiciones de la Declaración que hemos mencionado.

De todas maneras, y puesto que en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del caso Baby Boy, se argumentaron razones históricas, ahondaremos en ellas, a fin de demostrar aquí la completa falsedad de sus afirmaciones de ese orden.

a) La norma de protección del derecho a la vida había sido proyectada por el Comité Jurídico Interamericano en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; así como también a los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes preexistentes por delitos de extrema gravedad⁸.

Considerado el proyecto en la Comisión Sexta de la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, el texto fue modificado, quedando definitivamente redactado del siguiente modo:

Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Precisamente, de esta modificación redaccional se ha pretendido extraer –equivocada o intencionadamente– que la Declaración no ampararía el derecho a la vida de las personas por nacer, en razón de la supresión de la frase que aludía al reconocimiento de ese derecho “*desde el momento de la concepción*”. Pero, si aceptáramos sin más ese pueril razonamiento, tendríamos que concluir, por paridad de argumento, que la Declaración tampoco ampararía el derecho a la vida de los *incurables, imbéciles y*

⁸ Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá 1953, Vol. V, Doc.CB-7, en pp 449/454.

dementes, cuya mención también fue eliminada, lo que no es admisible. Resulta evidente, la aceptación del argumento de la mayoría de la Comisión en el caso Baby Boy, nos conduce a un resultado ostensiblemente absurdo e irrazonable.

Debemos apuntar, por otra parte, que el enfoque restrictivo en la protección del derecho a la vida sustentado por la mayoría en el caso “Baby Boy” no se desprende de la nueva redacción, ni de sus antecedentes, ni fue la intención declarada por los redactores, dado que los únicos motivos que se expresaron con relación al cambio en la redacción definitiva de la norma, fueron los volcados en el informe del Sr. Guy Pérez Cisneros, Relator del Grupo de Trabajo sobre Derechos del Hombre, quien explica la supresión de todas las segunda parte de los artículos proyectados por el Comité Jurídico Interamericano, expresando que

En el proyecto del Comité Jurídico de Río, cada artículo encierra una segunda parte que se refiere, de modo detallado y casi exhaustivo, a los deberes que tiene el Estado para garantizar la efectividad de los derechos del hombre definidos en la primera parte. El Grupo de Trabajo optó por no incluir, en el texto que preparó, dichos deberes, considerando por una parte que lo apartarían de su mandato y por otra que le restaría fuerza de expresión y claridad a la Declaración⁹.

De ello aparece palmario que la supresión de la segunda parte del artículo 1, según lo expresan los autores del texto aprobado, obedeció al mismo y único criterio que sustentó la supresión de todas las segundas partes de todos los artículos sancionados: mantener claridad y fuerza de expresión en la Declaración.

Concuerda con esa explicación lo señalado por el Relator de la Sexta Comisión, Sr. Luis López de Mesa, quien refirió que:

“Como punto de partida, se acordó rápidamente que derechos y deberes debían ordenarse en capítulos aparte, para su mejor entendimiento y consulta. Asimismo, se dispuso redactarlos en su mera esencia, sin enumeraciones ejemplares o taxativas, que llevan consigo el riesgo de la difusión inútil y de la confusión peligrosa de sus límites”.¹⁰.

Es decir, se pretendió acuñar una fórmula de carácter general y de suficiente amplitud como para cobijar el derecho a la vida de “*todo ser humano*”, para que ningún supuesto pudiera quedar fuera de una enumeración casuista, lo cual –evidentemente– también tutela a las personas por nacer.

b) En segundo término, y a fin de demostrar con qué alcance había sido entendido el texto adoptado en Bogotá en mayo de 1948, podemos recordar que en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada en diciembre de ese año, las delegaciones americanas bregaron por la consagración, también en el ámbito universal, del criterio protector de la vida de todo ser humano desde la concepción. En este sentido, merecen ser destacadas tanto la propuesta de declaración universal que presentara el Comité Interamericano de Juristas¹¹, como la que formulara el Delegado de Chile en el marco de las discusiones relativas al proyecto de lo que después fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual que se trabajaba contemporáneamente con la Declaración Universal¹².

⁹ Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá 1953, Vol. V, Doc. CB-310/CIN-41, pp 474/478.

¹⁰ Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá 1953, Vol. V, Doc. CB-445/VI-36, en pp 510/516.

¹¹ Vid. Doc. E/CN.4/2, p. 2.

¹² Vid. Doc. E/CN.4/21, Anexo F, p. 74

c) En tercer lugar, y, como otro mojón en la interpretación que venimos sosteniendo, debemos destacar que durante los trabajos preparatorios que precedieron a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el entonces Consejero José María Ruda, miembro de la Delegación Permanente de la República Argentina ante la Organización de las Naciones Unidas, subrayó, en el seno de la Tercera Comisión de la Asamblea General de dicho organismo, que el derecho a la vida debe considerarse desde el instante mismo de la concepción, condenando la muerte voluntariamente inferida a las personas por nacer y propugnando el sólido establecimiento de la ilicitud del aborto, lo cual consta en las actas resumidas de la sesión del 28 de septiembre de 1959 de ese órgano, donde leemos que:

*El Sr. RUDA (Argentina) dice que en opinión de su Gobierno la mayor importancia de la declaración reside en su valor moral ...En lo que al fondo se refiere, se ha omitido un derecho fundamental, a saber, el derecho a la vida desde el momento de la concepción. El derecho a la vida es la base fundamental de la filosofía política de las Naciones Unidas; además, está consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tiene el propósito de presentar una enmienda para corregir ese defecto*¹³

Consta igualmente en las actas de las sesiones del 5 y 6 de octubre de 1959, también relativas a las labores de la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas que:

El Sr. RUDA (Argentina) presenta una enmienda conjunta (A/C.3/L.725) en la que se propone agregar como principio 2, un nuevo texto y señala que éste se inspira en el principio universalmente aceptado de que suprimir deliberadamente una vida humana es un crimen. Todos los seres humanos tienen derecho la vida, incluso los que todavía no han nacido. Si se excluyera a estos últimos, la omisión, dada la indefensión en que se encuentra el niño antes de nacer, sería gravísima...La Declaración Universal de Derechos Humanos establece principios generales, uno de los cuales es que todo individuo tiene derecho a la vida...Si un ser humano tiene derecho a la vida, lo tiene desde el momento de la concepción...”.

En el texto de la enmienda conjunta se consignaba expresamente que:

El derecho del niño a la vida, desde el momento de la concepción, debe ser respetado y protegido.

La propuesta contó con los votos afirmativos de Afganistán, Argentina, Bélgica, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Indonesia, Irlanda, Italia, Líbano, Países Bajos, Paraguay, Perú, Portugal, República Árabe Unida, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, lo que nos permite apreciar fácilmente cómo interpretaban nuestro país y la mayoría de los Estados americanos que en ese entonces integraban la OEA, las declaraciones americana y universal a muy escasos años de la aprobación de ambas en 1948.

d) A tal punto esto era así que, en plena consonancia con estos antecedentes, tanto el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos concluido por el Comité Interamericano de Juristas en septiembre de 1959, como en los dos proyectos adicionales al mismo presentados por los gobiernos de Uruguay y Chile, sobre los que luego volveremos, se proponía la fórmula según la cual el derecho a la vida de todo ser humano debía ser protegido por la ley desde el momento de la concepción.

¹³ vid. Doc. A/PV 9091 párrafos 17 y 18

Todo ello pone en manifiesta evidencia la grosera falsedad de los motivos históricos argumentados en el voto de la mayoría en el caso Baby Boy, y nos permite destacar, con legítimo orgullo, la robusta defensa de la inviolabilidad del derecho a la vida de las personas por nacer que, también con fundamento en esos instrumentos, ya entonces realizaban, ante los distintos foros internacionales, la República Argentina y lo más granado del Continente Americano.

De todo lo hasta aquí expresado surge -de modo cristalino- que la interpretación del artículo 1 de la Declaración postulada por la mayoría en el caso “Baby Boy” resulta abiertamente contraria a la buena fe, el sentido corriente de las palabras, el objeto y fin, texto y contexto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como la conducta posterior observada por las partes suscriptoras del instrumento.

II. 3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Adoptada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el carácter de persona a todo ser humano (artículo 1.2), y garantiza la protección de la vida de toda persona desde el momento mismo de la concepción (artículo 4.1). Ambas circunstancias y el resto de su articulado, avalan inequívocamente la postura que propicia la inviolabilidad de la vida humana inocente desde el mismo momento de la concepción o fecundación. Ello no obstante, y como a partir del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baby Boy, algunos propugnan que la expresión *en general* autorizaría distintos supuestos en los que podría ser limitado el derecho a la vida de la persona por nacer, deberemos recurrir -una vez más- a las pautas de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, a los fines de desentrañar el cabal sentido de la expresión aludida.

Buena fe

No podemos concebir, de buena fe, que una Convención de Derechos Humanos que reconoce el carácter de persona a todo ser humano y que expresa de modo inequívoco que la existencia de los seres humanos principia en el momento de la concepción, pueda haber excluido deliberadamente de su protección, tan luego en lo atinente al principalísimo derecho a la vida, a las personas por nacer, relegándolas a la indigna condición de seres humanos desprovistos de toda protección legal.

Sentido Corriente

Aludiendo al sentido común y corriente de la expresión *en general* contenida en el tratado, Rafael NIETO NAVIA (ex Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) señala luminosamente que:

Como persona el embrión tiene derecho a que se respete su vida, “en general desde el momento de la concepción”. Ni los Estados partes ni la Corte han interpretado la expresión “en general” y, por consiguiente, no hay interpretación auténtica ni judicial. La expresión hay que entenderla en su sentido común y corriente. La locución adverbial “en general” significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, “en común, generalmente [según el mismo DRAE “con generalidad”]; sin especificar ni individualizar cosa alguna”. Nada autoriza a deducir de allí que, en algunos casos, pudiera quitarse la vida a los nascituri.¹⁴

¹⁴ vid. 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.

Por el contrario –añadimos nosotros-, ello parece indicar que, como sostiene Rodolfo BARRA, el sentido de la expresión que analizamos sería enfatizar que la protección de la vida comienza con el inicio de la concepción, indicando que ello debe ser así “en todos los casos” o “en igualdad de condiciones para todos los casos”¹⁵, lo cual robustece nuestra posición en orden a sostener que de lo que se trata es de consagrar, desde el momento de la concepción, la protección estrictamente igualitaria de la vida de todo ser humano inocente.

Objeto y fin del tratado

En el Preámbulo de la Convención se consigna como propósito “...consolidar en este Continente... un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...”, los cuales “...tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...”. Concordantemente, en el artículo 1.1, los Estados Parte asumen la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos reconocidos por la Convención, lo que incluye al derecho a la vida desde la concepción, reconocido en el artículo 4.1. Va de suyo, el carácter “libre y pleno” del ejercicio de esos derechos requiere que no exista retaceo alguno en cuanto a la extensión del reconocimiento que el tratado consagra, pues lo contrario llevaría a su frustración, lo que es inadmisibles. Consecuentemente, resulta una interpretación contraria al propósito del tratado aquella que pretende la admisión de legitimidad para algunos supuestos de aborto y el consiguiente desconocimiento del derecho a la vida para toda una categoría de seres humanos.

El contexto del tratado. Trabajos preparatorios

Cotejaremos ahora la labor preparatoria del proyecto sometido a consideración de los delegados en la Conferencia Especializada que sesionó en Costa Rica en 1969:

a) Durante la Quinta Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en agosto de 1959, se aprobó la Resolución VIII por medio de la cual le fue confiado al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos y de uno o varios proyectos de convención sobre una Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos adecuados para la tutela de los mismos. Asimismo, se acordó crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargada de promover el respeto de esos derechos, encomendando su organización al Consejo de la OEA¹⁶. El Consejo Interamericano de Jurisconsultos concluyó, en septiembre de 1959, un Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos¹⁷, el cual, junto con dos proyectos adicionales presentados por los gobiernos de Uruguay¹⁸ y Chile¹⁹, fue considerado por la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria en noviembre de 1965.

¹⁵ BARRA, Rodolfo Carlos “La Protección Constitucional del Derecho a la Vida”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 60.

¹⁶ Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile 12 a 18 de agosto de 1959, Acta Final, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 1960, pp. 10/11

¹⁷ Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 1973, pp. 236.y ss.

¹⁸ Ídem, pp. 298 y ss..

¹⁹ Ídem, p. 280 y ss.

En lo atinente al derecho a la vida, todos esos antecedentes expresaban que debía ser protegido por la ley a partir del momento de la concepción²⁰ y propugnaban disposiciones con una marcada tendencia hacia la abolición de la pena de muerte.

Al dictaminar sobre los proyectos, y con especial referencia al derecho a la vida, la Comisión Interamericana expresó que en su opinión:

...deben preferirse los textos de los incisos 1, 2, 3 y 4 del proyecto de Uruguay, por ser más completos y precisos que los del CIJ. Sin embargo, la Comisión acordó recomendar lo siguiente: (a) en el párrafo 1, añadir las palabras “y en general” después de las palabras “por la ley”; (b) en el párrafo 2 de dicho proyecto, sustituir la expresión “delitos más graves” por “delitos excepcionalmente graves”; (c) en el párrafo 4, añadir después de “menos de 18 años” las palabras “o más de 70 años”.

La Comisión acordó, asimismo, sugerir que se adopte como párrafo 5 de este artículo, el inciso 5 del artículo 4 del proyecto de Chile y que se añada Al final del mismo la siguiente disposición: “No se ejecutará la pena de muerte mientras esté pendiente de decisión el primer pedido de conmutación presentado a la autoridad competente”...²¹.

Como resultado de las modificaciones que sugería, el primer párrafo del artículo quedaba redactado de la siguiente manera:

Artículo 2.

1. Todo ser humano 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 podrá ser privado de la vida arbitrariamente...²².

La Comisión no brindó ninguna explicación que justificase la inserción de las palabras y *en general*; no obstante lo cual podemos inferir que, al igual que las restantes modificaciones propuestas al artículo²³, se ordena a lograr una mayor completitud y perfección, así como una mayor extensión del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción. Posteriormente, en el estudio comparativo que, con relación a los proyectos presentados, sus enmiendas, y su compatibilidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, realizara el relator de la Comisión, Sr. Carlos A. Dunshee Abranches, éste manifestó su parecer individual²⁴ en los siguientes términos:

...52. Derecho a la vida (artículo 6 del Pacto). Existen diferencias importantes, como se verá adelante.

a. El Proyecto y las Enmiendas disponen que este derecho debe ser protegido por la ley “desde el momento de la concepción” (artículo 2, numeral1). Tal agregado no

²⁰ Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Artículo 2.1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente...”; Proyecto del Gobierno de Chile “Artículo 4.1 El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente...”; Proyecto del Gobierno de Uruguay: “Artículo 2. 1. Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente...”

²¹ Ídem, p. 320.

²² Íd. nota anterior.

²³ La exigencia de que los delitos que se pudieran castigar con la pena de muerte sean “excepcionalmente graves”, en lugar de “más graves” (como estaba proyectado) y la prohibición de que la misma se aplique a personas mayores de 70 años.

²⁴ En el momento que analizamos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estaba compuesta por siete miembros, elegidos a título personal por el Consejo de la Organización, de ternas presentadas al efecto por los Gobiernos de los Estados Miembros.

está contemplado en el Pacto, para evitar conflicto con la legislación de muchos Estados que permiten el aborto en diferentes casos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos trató de suavizar el rigor del principio consagrado en el Proyecto y por esto propuso intercalar las palabras “en general”, pero el relator quedó vencido por considerar preferible dejar abierta la cuestión, como hicieron el Pacto y la convención Europea (artículo 2). Así, si prevalece en la futura Convención el texto del Pacto no habrá posibilidad de conflicto...²⁵

Esta peculiar pretensión del relator contiene tres afirmaciones gratuitas, que no aparecen siquiera remotamente fundamentadas. La primera, que el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos haya querido evitar conflicto con legislaciones permisivas del aborto. La segunda, que el intercalado de las palabras *en general* haya tenido como propósito *suavizar el rigor del principio* que impone el reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción. La tercera, que la explicitación de ese derecho pudiera entrañar conflicto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La argumentación relativa a la supuesta incompatibilidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se sostiene. Aún cuando pudiera ser verdad que el Pacto haya querido evitar conflictos con legislaciones permisivas del aborto, ello de ninguna manera inhibe para que algunos de los Estados Partes de ese instrumento internacional asuman en otro (o en su legislación interna), la obligación de una mayor y más efectiva protección de los derechos humanos de las personas por nacer. Precisamente, el artículo 5° del Pacto autoriza expresamente el reconocimiento de derechos más extensos que los que se contienen en el Pacto, descartando de plano toda posibilidad de conflicto entre sus disposiciones y las de la Convención Americana. Lo cual, dicho sea de paso, también terminó siendo reconocido por el propio relator en las conclusiones de su estudio²⁶.

En cuanto a la supuesta “*intención de morigerar el rigor del principio*”, ella aparecería como notoriamente incompatible con el propósito que se consignara en el párrafo cuarto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el sentido de que allí se establecía “...*el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional...* “. Va de suyo que si –como se verá más adelante– en 1948 se proclamaba la necesidad de **fortalecer** el sistema inicial de protección de los derechos fundamentales, y, ya en ese entonces se había planteado la necesidad de la protección de la vida del hombre desde el momento de la concepción, la alegada intención de “*morigerar el rigor del principio*” no parece en absoluto coherente con el hecho notorio de que en el texto expreso de la Convención proyectada, se consagrara ese derecho que ya se encontraba incluido en la enunciación general del artículo 1 de la Declaración Americana y que durante las décadas subsiguientes fue también defendido por los miembros más conspicuos de la OEA, según hemos visto. Por lo demás, no concebimos que cuando se trata de derechos humanos pueda invocarse la necesidad de morigerar los rigores de los principios, en función de los cuales los mismos se reconocen.

²⁵ “Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos”, numeral 52, en Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 1973, pp 168 a 212.

²⁶ Ídem, ídem, “Conclusiones”, en p. 210, donde sostiene que es perfectamente posible la coexistencia de los Pactos de las Naciones Unidas y una Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De cualquier manera, la propuesta del relator fue desechada de plano por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que expresó en términos inequívocos que:

Con respecto a este artículo se propuso:

1. Eliminar, en el párrafo 1.º, los términos ...“y, en general, a partir del momento de la concepción”... La eliminación de estos términos había sido recomendada por el relator a fin de evitar toda posibilidad de conflictos con el párrafo 1.º del artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que solamente consagra en forma general el mismo derecho.

La Comisión estimó que por razones de principio era fundamental consagrar la protección del derecho a la vida en la forma como lo había recomendado al Consejo de la Organización de los Estados Americanos en su dictamen (primera parte). En consecuencia, acordó mantener sin modificaciones el texto del párrafo 1.º...²⁷

Es decir, **la Comisión Interamericana expresó entonces que era fundamental consagrar la protección del derecho a la vida desde la concepción**, y, ello, en función de *razones de principio*, lo que claramente desmiente la pretensión de que las palabras *en general* persiguieran, como infundadamente sostenía el relator, *suavizar el rigor del principio*²⁸. Nada permite justificar, entonces, la tesis de que las palabras *en general* tuviesen por objeto suavizar, morigerar o modular el rigor del principio que consagra la inviolabilidad de la vida de todo ser humano inocente desde el momento de la concepción.

b) Corresponde también tener en cuenta las observaciones escritas que los Estados fueron remitiendo para su consideración en la Conferencia Especializada, de cuyos textos podemos advertir que no consideraban la posibilidad de discutir que la protección del derecho a la vida principiara con el hecho de la concepción, ni tenían en mira el planteamiento de cuestión alguna que –directa o indirectamente– legitimara una proposición contraria.

En este sentido, el Gobierno del Uruguay, que en su proyecto había postulado la protección al derecho a la vida desde la concepción, no hizo mención alguna acerca del párrafo primero del artículo proyectado, ni acerca del aborto, de lo que se infiere que la norma daba satisfacción a su propuesta originaria. Se refiere, en cambio, y de modo enfático, a la cuestión de la pena capital²⁹. Tampoco en las observaciones y comentarios del Gobierno Argentino encontramos mención alguna acerca del párrafo primero del artículo, ni respecto a la extensión en la que se reconoce el derecho a la vida,

²⁷ Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 1973, p. 98

²⁸ Como resultado de ello, en el Anteproyecto de Convención elaborado por ese organismo, se plasmó, como primer párrafo del artículo 3º el siguiente texto: *Artículo 3. 1. 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 podrá ser privado de la vida arbitrariamente...*. Tal fue el tenor del proyecto que fuera considerado durante la Conferencia Especializada en la que se terminó por aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que dio lugar al artículo 4º de dicho instrumento (Ídem nota anterior, p.390. También Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Doc. 24, Corr. 1, 15 de noviembre de 1969, pp 14/15).

²⁹ Vid. Observaciones del Gobierno del Uruguay al Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Doc 6 26 de septiembre de 1969, p 36.

limitándose sus comentarios a los textos de los artículos 7, 9, 12, 13, 16, 18, 32, 33, 37 a 40, 67, 69 y 70³⁰.

Por su parte, la República Dominicana, en sus observaciones al artículo expresó lo siguiente:

Párrafo 1: Creemos que en cuanto al “derecho a la vida”, se fortalecerían los conceptos universales de los derechos humanos si el texto interamericano fuera igual al que se adoptó en las Naciones Unidas, en el Artículo 6 (1) del pacto...³¹.

A su vez, el Gobierno de los Estados Unidos, nada dijo sobre la cuestión atinente a la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción, y presentó observaciones a la organización del contenido del proyecto, proponiendo la preparación de “...un índice de materias para facilitar la referencia en documentos oficiales...” y “...un pequeño reordenamiento de los artículos...”, adicionando al efecto un suplemento referido a los siguientes artículos del proyecto: 4 (derecho a no ser sometido a torturas o tratos crueles), 32a. (Comisión de Derechos Humanos) 40 (Decisiones respecto de las violaciones), 46 (Quórum), 62 (Servicios de Secretaría), 68 (Denuncia), 69 (Enmiendas) y 70 (Protocolos)³². Tampoco el Gobierno de México hizo alusión alguna a la cuestión de la protección de la vida humana desde la concepción, limitándose a señalar que la protección de los derechos consagrados en Pacto quede “*primordialmente a cargo de la legislación interna de cada Estado*”, afirmando enfáticamente la vigencia de los principios de no intervención y autodeterminación de los pueblos y opinando desfavorablemente con relación a los capítulos V, VI, VII, VIII y IX del texto proyectado. De la primera parte del proyecto (materia de la protección), únicamente se formulan observaciones a los artículos 20, 24 y 25, cuestionando de la segunda parte (órganos de la protección y disposiciones generales), el texto de los artículos 34, 35, 37, 40 y 69³³.

Con relación al artículo de protección del derecho a la vida, el Gobierno del Ecuador se limitó a manifestar que

6. De acuerdo con el criterio de Uruguay, en el artículo 3, después del número 1, debiera ponerse el siguiente: “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido, ni se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”. El número 2 debiera decir: “En los países que aún mantienen la pena capital, ésta sólo podrá imponerse como castigo por los delitos más graves, en

³⁰ Vid. Observación Preliminar y de conjunto presentada por el Gobierno de la Argentina al Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos y Observaciones y Comentarios del Gobierno Argentino al Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Docs. 8 y 9, ambos del 26 de septiembre de 1969, pp. 45/49.

³¹ Vid. Observaciones y Comentarios al Proyecto de Convención sobre Protección de Derechos Humanos presentados por el Gobierno de la República Dominicana, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Doc 9, 26 de septiembre de 1969, p. 57.

³² Vid. Observaciones y Propuestas de enmienda al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentado por el Gobierno de los Estados Unidos de América, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Doc. 10 6 de octubre de 1969, pp. 92/98.

³³ Vid. Anteproyecto de Observaciones del Gobierno de México al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Doc. 11, 26 de septiembre de 1969, pp. 99/103.

*cumplimiento de sentencia ejecutoriada de un tribunal competente y de conformidad con una ley que los tipifique y sancione con tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito*³⁴.

La Delegación de Guatemala propuso un nombre distinto para la Convención, y que el Capítulo II se desdoblara de acuerdo al anteproyecto que había sido presentado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, proponiendo reformular la redacción de los artículos de la segunda parte relativa al sistema de protección. Nada dijo, en cambio, acerca de los textos relacionados a la materia de la protección, en general, ni en particular, con relación a la tutela del derecho a la vida desde el momento de la concepción³⁵.

Sólo la delegación del Brasil, integrada por el Sr. Carlos A. Dunshee de Abranches, presentó un documento en el que se postulaba la eliminación de las palabras “...y, en general, a partir del momento de la concepción”, proponiendo que el artículo quedara así redactado: “*Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”. Como justificación del temperamento que proponía, el delegado brasileño expresó:

En Brasil, el Código Civil protege los derechos de la criatura en gestación desde la concepción (Art. 4º) y el Código Penal reprime la provocación injustificada del aborto, pero faculta su práctica en los casos de estupro o de no haber otro medio de salvar la vida de la gestante (Art. 128).

*El párrafo 1 del artículo 3 del proyecto dispone que el derecho a la vida debe ser protegido por la ley “en general desde el momento de la concepción”. Esta cláusula final es vaga y por eso no tendrá eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto. Dicha cláusula podrá, por lo tanto, provocar dudas que dificulten no sólo la aceptación de este artículo, como su aplicación, si prevaleciera la redacción actual. Mejor será así que sea eliminada la cláusula “en general desde el momento de la concepción”, pues es materia que debe ser dejada a la legislación de cada país.*³⁶

Lo destacable de estas manifestaciones, es que constituyen **una verdadera confesión por parte de la delegación brasileña acerca del sentido que tenía la cláusula**, que, como la misma delegación brasileña expresa, no es otro que “*impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto*”, temperamento con el que se dice no estar de acuerdo “*pues es materia que debe ser dejada a la legislación de cada país*”.

Resumiendo: A excepción de la delegación brasileña, que se opuso a la cláusula por entender (correctamente) que tenía por finalidad “*impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto*”,

³⁴ Vid. Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Ecuador, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Doc. 23, 8 de noviembre de 1969, pp. 104/106.

³⁵ Vid. Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por la Delegación de Guatemala, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Doc. 24, Corr. 1, 15 de noviembre de 1969, pp 107/120.

³⁶ Vid. Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Iberoamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno de Brasil, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, pp 121.

ninguna otra formuló –antes de la discusión del artículo proyectado– indicación alguna que, de modo expreso, guardara relación con el tema de la protección del derecho a la vida de las personas por nacer o el aborto, haciéndolo sí, con respecto al tema de la pena de muerte.

c) Vayamos ahora al tenor de las discusiones e intercambios que tuvieron lugar en la Conferencia Especializada, tanto en la labor de comisiones, como en las sesiones plenarias:

1. Al proponerse a la discusión el párrafo 1° del artículo 3° del Proyecto (hoy párrafo 1° del artículo 4° de la Convención), en el seno de la Comisión I “Materia de Protección”, se produjo un rápido debate:, en el que resultaron ostensiblemente terminantes las expresiones de los delegados de Colombia, Venezuela, Ecuador, Chile, El Salvador, Uruguay y Panamá, que evidencian la manifiesta voluntad de los Estados Partes en orden a consagrar con la mayor amplitud y extensión la protección del derecho a la vida de todos los seres humanos, y ello, desde el momento de la concepción. Particularmente digna de mención, en este sentido, ha sido la intervención del Presidente de la Comisión quien frente a la postura brasileña expresara en términos por demás categóricos e inequívocos que **“en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones y que juzga inaceptable una convención que no consagre dicho principio”**³⁷. El texto fue aprobado sin modificaciones, quedando en franca derrota a la posición del delegado brasileño que quería eliminar toda la frase *y en general desde la concepción*.

A diferencia del rápido tratamiento del primer párrafo del artículo que consagra el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción, las cuestiones del mismo precepto referidas a la pena de muerte ocuparon la segunda parte de la segunda sesión, así como las sesiones tercera y cuarta, mostrando un importante debate, tal como puede verse en las actas respectivas³⁸.

2. Tampoco encontramos en el informe del Relator de la Comisión I³⁹, Sr. Juan Isaac Lovato, referencia alguna a controversias sobre el punto de partida para la protección del derecho a la vida (la concepción) o al aborto. En ese lugar, con relación a la cuestión del derecho reconocido en el artículo 4 de la Convención, únicamente se expuso que:

Artículo 4 (art. 3 del Proyecto) (“Derecho a la Vida”. El tema de este artículo: el derecho a la vida, motivó amplia discusión. Gran parte de ella giró en torno al concepto de la inherencia de tal derecho a la persona humana. Asimismo se discutió, en medida considerable, la idea de la supresión arbitraria de la vida.

Por otra parte, no fue menos discutido el tema de la pena de muerte, destacándose los criterios de Uruguay, Honduras y Costa Rica, los cuales buscaron una fórmula

³⁷ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978. Acta de la segunda sesión de la Comisión I, Doc 36, 11 de noviembre de 1969, pp 159/160.

³⁸ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978. 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, pp 163 a 172. Allí sí se plantearon posiciones que requirieron de fórmulas transaccionales entre las posturas de países abolicionistas (como Uruguay y Honduras), y las que postulaban –o al menos toleraban- el mantenimiento de la pena capital (Estados Unidos, El Salvador).

³⁹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978. Acta de la segunda sesión de la Comisión I, Doc. 60, pp 291/307.

conciliatoria en atención a las corrientes supresivas de esa pena en el ámbito regional americano.

La Comisión dejó constancia, en este artículo, de su firme tendencia a la supresión de dicha pena, al agregar en el párrafo segundo “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido, ni se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

Otro tema de intenso debate en la discusión de este artículo, fue el concepto de delito político. La mayoría de los delegados convinieron en la necesidad de una definición del mismo, y cinco delegaciones: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, expresaron su deseo de que los organismos americanos pertinentes continuaran con el estudio del problema.

Por lo demás, el artículo aprobado conservó prácticamente el texto del proyecto⁴⁰.

3. Ya en la sesión plenaria, advertimos que la discusión relativa al artículo 4° de la Convención no rozó siquiera las cuestiones de la protección de la vida desde la concepción o del aborto y únicamente mostró debate en lo atinente a la pena de muerte, luego de lo cual consta en el acta que después de aprobarse por votación el artículo:

Las Delegaciones del Brasil y Estados Unidos solicitaron que quedara constancia en acta de la siguiente declaración, en inglés:

“The United States and Brazil interpret the language of paragraph 1 of Article 4 as preserving to States Parties discretion with respect to the content of legislation in the light of their own special development, experience and similar factors⁴¹.

Por su parte el Delegado de Brasil solicitó que constara en el acta la siguiente declaración:

“El Delegado de Brasil reafirma su oposición a la inclusión del numeral 3 del Artículo 4 de la Convención, por las razones presentadas a la Comisión F”.

La Delegación de Costa Rica, igualmente solicitó que constara en acta la declaración siguiente:

“La Delegación de Costa Rica, como justo homenaje a sus venerados patricios, que haciendo gala de arraigados sentimientos humanitarios, hace aproximadamente una centuria, abolieron de la legislación patria la pena capital; y para ser consecuente con la idiosincrasia de su pueblo, mantiene inquebrantable adhesión al principio de la inviolabilidad de la vida humana, consagrado en el Artículo 21 de la Constitución Política de la República, y por ende, deja constancia de que no puede aceptar, y en esa materia salva su voto, preceptos que no tiendan a garantizar en forma absoluta, ese sagrado principio”⁴²

Queda claro entonces que, habiendo quedado el delegado del Brasil completamente desairado en su propósito, únicamente pudo obtener una vaga declaración de apoyo del delegado norteamericano, limitada a consignar que la inteligencia del primer párrafo del artículo 4°, era considerada por ambos países como reservando su aplicación a la legislación interna de cada uno de los Estados Partes; lo cual (siendo ostensiblemente contrario al objeto y fin del tratado) no sólo no tuvo eco favorable alguno en el resto de las delegaciones, sino que fue expresamente contradicho por la declaración hecha por el Delegado de Costa Rica, país anfitrión, en orden consignar que “*mantiene inquebrantable adhesión al principio de la inviolabilidad de la vida humana*” y que

⁴⁰ Ídem, Acta de la segunda sesión de la Comisión I, Doc. 60, pp 295 y 296.

⁴¹ Estados Unidos y Brasil interpretan el texto del párrafo 1 del artículo 4 en el sentido de que deja a discreción de los Estados parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares.

⁴² Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José (Costa Rica), 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA, Secretaría General, Washington, 1978, Acta de la Segunda Sesión Plenaria, Doc. 86, p. 441.

resultarían inaceptables “preceptos que no tiendan a garantizar en forma absoluta ese sagrado principio”.

d) Cabe considerar, asimismo, que en su informe anual correspondiente a 1971 (sólo dos años después de suscripta la Convención), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo el título “*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*” afirmó rotundamente que **el uso de aborto constituye patente y grave violación de los derechos humanos**⁴³.

e) Corresponde también tener presente que el único planteo que con posterioridad a la suscripción del tratado, fue formulado por uno de los Estados Partes con relación a la norma del artículo 4.1 de la Convención, ha sido la de México que, al presentar su instrumento de adhesión el día 24 de marzo de 1981, formuló la siguiente declaración interpretativa:

*Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión “en general”, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción” ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados*⁴⁴

A pesar de su evidente contenido negativo, la declaración transcrita da la pauta cabal de que, al finalizar la Conferencia Especializada y aún casi doce años después, en el común sentir de los Estados Partes había quedado entendido que la expresión *en general* tenía por finalidad enfatizar que la tutela de la vida comienza con el instante de la concepción, pues de otro modo no se advertiría el sentido de la declaración mexicana tendiente a resguardar la competencia interna del Estado Parte, manifestando no querer obligarse a adoptar normas que amplíen la protección de la vida desde ese momento, ni a mantener en vigor la legislación que pudiere tener ese efecto protectorio.

Así pues, y, analizado en su globalidad el contexto del tratado, el modo en el que se arribó a la redacción final del precepto del artículo 4 de la Convención, y aún la conducta posterior de las partes, resulta que no parece ser verdad que la expresión *en general*, contenida en el precepto haya sido adoptada para modular la inviolabilidad del derecho a la vida desde el momento de la concepción, pareciendo evidente que la

⁴³ ...1. Merece especial consideración el respeto al derecho a la vida, porque ésta constituye, sin duda alguna, el fundamento y el sustento de todos los demás derechos. El Art. 1 de la Declaración de Bogotá proclama categóricamente que “Todo ser humano tiene derecho a la vida”. **La Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en San José de Costa Rica y que se halla en proceso de ratificación, reconoce ese derecho, y establece que la vida humana está protegida desde el momento de la concepción.** Contiene además importantes preceptos relacionados con la pena de muerte aplicables en los países que no la han abolido, preceptuando que no se restablecerá en aquellos que la han suprimido. Sin embargo de los términos generales de la Declaración Americana, la CIDH contempla con preocupación que en algunos países del Continente, se ha legislado sobre la pena de muerte ya sea para restablecerla o para ampliarla a delitos de carácter político-social. En determinados países, por circunstancias de diversa índole, al adoptarse medidas de represión de actos de violencia en unos casos, o por necesidad de aprehender a determinadas personas imputadas de la comisión de delitos, la fuerza pública ha hecho uso excesivo de las armas, causando pérdidas innecesarias de vidas humanas. La CIDH considera que tales hechos revisten suma gravedad y constituyen violación del derecho fundamental que consagra la Declaración de 1948. **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.** ...” (Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1971, Parte II, numeral 1)

⁴⁴ Vid. Página web de la OEA, www.oas.org, Convención Americana sobre Derechos Humanos, estado de Firmas y Ratificaciones.

expresión ha tenido como finalidad poner un mayor énfasis en la tutela de ese derecho fundamental de todo ser humano.

Concuerda, por fin, con esta interpretación el criterio jurisprudencial que advertimos en distintos precedentes fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en reiteradas ocasiones, ha declarado que:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo⁴⁵.

Va de suyo, si frente al derecho a la vida, por su carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos, no cabe en modo alguno –dentro de la lógica de la Corte Interamericana, que es intérprete definitivo del tratado– asignar ese carácter a la expresión *en general*, ni a ninguna otra.

El texto del tratado.

Nos referiremos ahora al texto de las disposiciones contenidas en la Convención, a fin de concluir con su interpretación contextual. En esta dirección anotamos que en el inciso 2° del artículo 1°, se consigna que para los efectos de la Convención “**persona es todo ser humano**” (lo cual indiscutiblemente incluye a las personas por nacer), declarándose en el artículo 3° que toda persona (todo ser humano) tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. En cuanto al derecho a la vida, el texto definitivo de la norma del artículo 4 de la Convención, establece:

Artículo 4°. Derecho a la Vida. 1 Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Entendemos que la lógica interna del precepto, así como su relación con las demás disposiciones del instrumento –que debe ser entendido como una unidad coherente y exenta de contradicciones– permite descartar definitivamente toda posibilidad de considerar a las palabras *en general* como atenuadoras de la fuerza del principio protector de la vida de todo ser humano desde el momento de su concepción.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baldeón García, Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No., entre otros.

En ese cuadrante, apreciamos que el mismo párrafo 1 del artículo 4, en su oración final, establece en forma categórica e indubitable que “*Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”; y, es indudablemente arbitraria e injusta la privación de la vida de una persona que es absolutamente inocente frente al orden jurídico, puesto que no ha realizado, ni podido realizar, ninguna acción reprochable. El vocablo empleado, “nadie”, es una expresión absoluta que no admite términos medios, modulaciones, ni excepciones de ninguna especie. Válganos la perogrullada, *nadie*, quiere decir *ninguno/a*, de modo que el remate terminante de este tramo del artículo resta del todo significación jurídica limitativa a la expresión *en general*, vertida en la primera parte de la norma. Sostener lo contrario nos llevaría a una incoherencia mayúscula, dada la evidente contradicción que existiría entre sostener al mismo tiempo y como proposiciones igualmente válidas que *nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*, por una parte, y, por otra, que *alguien puede ser privado de la vida arbitrariamente*. A ello debe añadirse, la referencia que la misma Convención realiza respecto de la pena de muerte (artículo 4.2), donde se establece claramente que en los países que no la han abolido, ésta sólo puede ser impuesta por delitos graves, en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada emanada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena. De ello se colige que si un sujeto no ha realizado personalmente ningún acto delictual que merezca pena según el ordenamiento jurídico del que se trate, y, si no ha mediado un juicio justo en el que se le atribuya responsabilidad penal por ello, no puede privarse a nadie del derecho a conservar la existencia. Si ello se relaciona con la contundencia de la prohibición de privar la vida arbitrariamente, supuesto que se verifica en cada aborto, resulta claro “*a fortiori*” que en la tésis de la Convención no hay lugar, bajo ningún punto de vista, para la justificación de la muerte directamente provocada a las personas por nacer. A la misma conclusión nos lleva la consideración de la prohibición que el mismo artículo establece respecto de la aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años y a mujeres en estado de gravidez (artículo 4.5.). Tampoco puede soslayarse que la garantía a la integridad personal, en sus dimensiones física, psíquica y corporal, tal como se halla consagrada en el artículo 5 de la Convención, no tiene cortapisas, ni limitaciones, y, ello también redundaría en la prohibición del asesinato de las personas por nacer que entraña todo aborto, por cuanto si se encuentra prohibido *lo menos*, también debe estarlo *lo más*. La solución contraria, importaría una incoherencia de proporciones, puesto que se afirmarían como querido por la Convención el verdadero contrasentido que entrañaría la prohibición absoluta de las lesiones y la autorización de algunos supuestos de homicidio...

Para remate, el artículo 24, al consagrar la igualdad ante la ley determina que:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

De la recta inteligencia del texto resulta claro que, si la Convención reconoce que todo ser humano es persona a partir del momento de la concepción (artículos 1.2. y 4.1), cuando impera que ***todas las personas*** deben tener ***igual protección de la ley***, fundándose esto último en la unidad de naturaleza del género humano⁴⁶, queda

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, donde en torno al concepto de igualdad y los niños, se ha expresado que “...la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un grupo determinado, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que se

absolutamente excluida la posibilidad de que, admitiéndose alguna hipótesis de aborto, no se brinde a algunas personas por nacer la tutela legal que supondría la igual protección, pues ello significa establecer desigualdades entre las personas según sean nacidas o no nacidas, y en segundo término, aún entre éstas últimas, seleccionando a cuáles seres humanos no nacidos proteger y a cuáles no. Es así que toda forma de aborto se encuentra en total contradicción con los principios y normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que incluye a los supuestos conocidos en el derecho positivo bajo los nombres de terapéutico, eugenésico y sentimental⁴⁷

De todo lo expuesto se sigue que ninguna gravitación negativa puede asignarse a la expresión *en general* incluida en el artículo 4.1, siendo suficientemente manifiesto, a la luz de todo lo dicho, que en modo alguno la misma podría amparar supuesto alguno de aborto legal.

Una mirada europea.

Estableciendo un interesante parangón entre el marco jurídico europeo y el americano, y en lo que se ha señalado que es el más alto reconocimiento jurisprudencial del valor del Pacto de San José de Costa Rica en la materia, el Tribunal de Estrasburgo señaló, en el párrafo 75 de la sentencia dictada en el caso “Vo. c. Francia” del 8 de julio de 2004⁴⁸, que:

75. Contrariamente al artículo de la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre que enuncia que el derecho a la vida debe ser protegido “en general a partir de la concepción”, el artículo 2 de la Convención (Europea, aclaro) guarda silencio sobre los límites temporales del derecho a la vida y, en particular, no define quien es la persona cuya vida es protegida por la Convención.⁴⁹

Despréndese de ello que, también allende el Atlántico y desde una perspectiva diversa, una Corte de Derechos Humanos reconoció que la Convención Americana define claramente quién es la persona cuya vida es protegida (todo ser humano) y enuncia claramente el punto de partida de protección de su vida (desde la concepción), sin asignar gravitación negativa o limitativa de ninguna naturaleza a la expresión “en general”.

Valga también, y aún cuando no compartimos la solución de fondo a la que arribara el Tribunal Europeo en la emergencia, esta pauta interpretativa, para completar una visión ajustada del sentido y alcance de las disposiciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos, protectoras de la inviolabilidad del derecho a la vida de todos los seres humanos desde el momento de su concepción.

reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza...” Y puesto que toda admisión legal del aborto establece diferencias de tratamiento que no se corresponden con la única e idéntica naturaleza humana (de la que participan por igual todos los nacidos y los concebidos por nacer), resulta ostensible que su legalización –en cualquier supuesto– tampoco podría superar el estándar acuñado por la Corte Interamericana al que nos acabamos de referir.

⁴⁷ Respecto a esta última hipótesis (caso del embarazo proveniente de una violación) debemos añadir que el artículo 5.3 de la Convención establece que “**la pena no puede trascender a la persona del delincuente**”, resultando evidente que no debe, por causa del delito, privarse de la vida a la persona que ha resultado concebida a partir del mismo y que es completamente inocente.

⁴⁸ En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó la petición de la Sra. Thi-Nho Vo de nacionalidad francesa, de realizar persecuciones judiciales por homicidio involuntario contra el médico responsable de la pérdida de su bebé a los 5 meses de embarazo a consecuencia de un error médico, la sentencia puede consultarse en línea en el sitio web <http://www.echr.coe.int>

⁴⁹ La referencia y la traducción me fueron generosamente proporcionadas por el Dr. Atilio Álvarez, a quien agradezco.

De lo expuesto extraemos, sin el menor resquicio de duda, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege la inviolabilidad de la vida de todos los seres humanos desde su concepción, desterrándose la tolerancia de cualquier forma de aborto. Las únicas excepciones que aparecen previstas con relación a este derecho fundamental, son los restringidísimos casos contemplados con relación a la aplicación de la pena de muerte por delitos muy graves.

III. La Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada en la República Argentina por la Ley N° 23.849, cuyo artículo segundo dispuso que, al momento de la ratificación en sede internacional, y con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, nuestro país declare *“que el mismo debe interpretarse en el sentido de que se entiende como niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad.”* . Con este dispositivo, y la declaración consecuente formulada en el momento de la ratificación de la Convención, la República Argentina reafirmó de modo categórico el principio que -sin vacilaciones- venía sosteniendo en el organismo universal, por lo menos, desde que se elaborara y sancionara la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y que también formaba parte de la propuesta de modificaciones que un grupo especial argentino conformado por ONGs, partidos políticos y observadores oficiales había presentado a la Asamblea General en el transcurso de la labor preparatoria de la Convención⁵⁰. Debe considerarse, por consiguiente, que todos y cada uno de los derechos garantizados por la Convención, y en particular el *derecho intrínseco a la vida*, resultan reconocidos por nuestro país a *todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad*, quedando obligado a ello tanto en sede interna, como internacional.

Ello sentado, cuadra señalar que el Preámbulo de la Convención evidencia una posición netamente tuitiva de los derechos de los niños, aún con anterioridad a que se produzca su nacimiento⁵¹. En lo que hace al cuerpo normativo de la Convención, resultan de nuestro interés los artículos 1⁵², 2⁵³, 3.1⁵⁴, 6⁵⁵. 23.1⁵⁶, 24.1 y 2 a) y b)⁵⁷ y 37⁵⁸.

⁵⁰ Vid. Documento E/C.N.4/1988/ – W.G.1/L.3.

⁵¹ “el niño, por su falta de madurez física y mental, **necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento**” que “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, **para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente** en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” y que “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....”**

⁵² Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño **todo ser humano menor de 18 años de edad**, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad

⁵³ Artículo. 2: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o familiares“

⁵⁴ “Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una **condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño....”**

⁵⁵ “Artículo 6. 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño. “

La definición de “niño” contenida en el artículo 1° alude a *todo ser humano menor de 18 años de edad*, y nadie puede negar de buena fe y a esta altura del milenio, que la condición de ser humano se alcanza en el momento de la concepción o fecundación, por lo que vendría a resultar evidente que esa definición incluye también a quienes transitan ese estadio de la gestación⁵⁹. De todas maneras, nuestra Nación, tanto en la ley de aprobación respectiva, como en el instrumento de ratificación de la Convención ha querido ser específica, categórica y concreta, consagrando expresamente la aplicación de todas las normas de la Convención en beneficio de todos los niños desde su concepción. Ello así, y en consonancia con el artículo 6.1 de la Convención, debe entenderse que **para la República Argentina todo niño, desde el momento de la concepción, tiene el derecho intrínseco a la vida**, lo que resulta a todas luces incompatible con cualquier forma autorizada de aborto.

Ello así, salta a la vista que ha quedado superada la aparente dificultad interpretativa que algunos pretendían emergente del empleo de la expresión *en general* en el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica., puesto que las expresiones *todo ser humano* y *todo niño* no admiten excepción alguna, ni modulaciones interesadas.

Por otra parte, y, desde la perspectiva del objeto y fin de la Convención, no hace falta ser muy perspicaz para advertir que todos los nobles propósitos enunciados en el Preámbulo y en las demás disposiciones que hemos transcripto, quedarían reducidos a la nada si los Estados Parte pudieran establecer hipótesis de aborto legal, pues con ello se dejaría de lado el principio del interés superior del niño y se privaría a los niños de la protección legal antes del nacimiento, se les impediría su supervivencia, desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social y se les negaría la atención prenatal, derechos todos estos consagrados por la Convención que analizamos.

Como es sabido, la reforma constitucional de 1994 dispuso que la Convención de los Derechos del Niño, posea jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, lo que significa que tanto el instrumento internacional, como la Ley N° 23.849, y la consiguiente declaración formulada en el acto de su ratificación en sede internacional, constituyen, a la vez, derecho internacional vigente para nuestro país, y derecho interno de rango constitucional, y, por lo tanto, en el vértice del ordenamiento jurídico. De esta manera, ha quedado cristalizado en lo más alto de nuestro ordenamiento jurídico el

⁵⁶ “Artículo 23. : 1. **Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena** y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten la participación activa del niño en la comunidad...”

⁵⁷ “Artículo 24. 1 Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud...”

⁵⁸ “Artículo 37. Los Estados partes velarán por que: a) **Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital** ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por **menores de dieciocho años de edad...**”

⁵⁹ Precisamente, a partir de la adecuada y honesta ponderación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, en el año 2008 el entonces Presidente de la República Oriental del Uruguay (que no había formulado una declaración interpretativa o reserva como la Argentina) vetó un proyecto de ley de despenalización del aborto, lo que también es una muy importante pauta acerca del alcance de la tutela del derecho a la vida que se consagra en ambos instrumentos internacionales.

principio según el cual **todo niño desde el momento de la concepción goza del derecho intrínseco a la vida, sin excepciones, cortapisas, o modulaciones interesadas.**

IV. Un repertorio de iniquidades.

Nos referiremos ahora a algunas observaciones, recomendaciones e informes efectuados por distintos órganos de vigilancia de algunos tratados internacionales, frecuentemente citados por sectores del pensamiento abortista y que, a nuestro juicio, constituyen un elocuente muestrario de lo que denominamos la falsificación de los derechos humanos⁶⁰.

IV. a) Anotación general.

Como es sabido, algunos tratados internacionales ordenados a la promoción y protección de los derechos humanos, han establecido distintos “órganos de vigilancia” o “comités”, llamados a coadyuvar con los Estados Parte en la tarea de afianzar los derechos fundamentales que tales instrumentos consagran. Su razón de ser se perfila, entonces, como la contribución a la aplicación de las disposiciones normativas contenidas en los instrumentos jurídicos de derechos humanos de su creación, el apoyo al desarrollo de normas legales que mejoren esa aplicación, así como la verificación concreta acerca del modo en el cual es aplicado el tratado en el territorio de los Estados Parte. Asimismo, estos organismos ofrecen ayuda jurídica y práctica a víctimas de violaciones a los derechos humanos y ONG’s locales, en orden al facilitarles el acceso a los procedimientos de protección de esos derechos. Para llenar tales cometidos, los órganos de vigilancia reciben de los Estados informes y comunicaciones acerca de la marcha de la aplicación de las disposiciones de los tratados en cuestión, pudiendo también, en algunos supuestos, examinar denuncias efectuadas por otro Estado Parte, particulares u ONG’s. Cuando se trata del primer caso (examen de informes y comunicaciones relativos a la aplicación de los tratados), los órganos de vigilancia emiten observaciones o recomendaciones por medio de comunicaciones o informes, dirigidos al gobierno interesado, las cuales revisten carácter público y son dadas a conocer periódicamente. Cuando de lo que se trata es de denuncias efectuadas contra un Estado Parte, se establece un procedimiento de carácter confidencial, al menos hasta que se decida acerca de la admisibilidad o no de la denuncia y se resuelva sobre el fondo del caso, luego de lo cual también las decisiones de casos individuales pasan a tener carácter público. Dado que su composición es fundamentalmente política y **no jurisdiccional**, las recomendaciones u observaciones de los órganos de vigilancia de ningún modo pueden ser calificadas como *jurisprudencia*, y carecen por principio de carácter vinculante respecto del Estado Parte al que son dirigidas, aún cuando subsista de parte de éste, el deber de recibirlas con buena fe, y, en su caso., efectuar sus mejores esfuerzos para darles satisfacción en la medida de lo jurídica y fácticamente posible.

Va de suyo, los órganos de vigilancia también obrar de buena fe y enmarcar sus acciones dentro de las disposiciones de los tratados que les han dado nacimiento, evitando extralimitarse en las funciones específicamente definidas por dichos instrumentos, así como cualquier forma de ingerencia indebida en la política interna de los Estados Parte. Además, si se trata de un órgano creado por un tratado del sistema universal, deberán observar las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, y, si se trata de creaciones de tratados de corte regional, habrán de observarse las previsiones

⁶⁰ BACH DE CHAZAL, Ricardo “El Aborto en el Derecho Positivo Argentino”, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2009, pp.57 y ss.

de los estatutos análogos y de aplicación en la región de la cual se trate. Su obrar se encuentra, pues, enmarcado en las normas jurídicas que dieron lugar a su existencia y aquéllas que rigen el ámbito en el cual se desempeñan. Tales son las características generales que apreciamos de la lectura de los instrumentos de protección de los derechos humanos -tanto regionales, como universales- y tales son también los límites jurídicos de su actuación.

Invalidez de las acciones “ultra vires”

Por hipótesis, puede ocurrir que un órgano de vigilancia de un tratado internacional de derechos humanos lleve adelante acciones que exceden del marco de su competencia y pretenda la imposición en los Estados Parte de criterios que no son aquéllos a los que éste haya aceptado obligarse al suscribir y ratificar el tratado, o los que inequívocamente surjan del instrumento al cual sirven. Ello podría obedecer, en el mejor de los casos, a un celo mal entendido por parte de dichos entes; pero también a peculiares posiciones ideológicas de sus integrantes, o cualquier otro motivo que lleve a una desviación del órgano en lo atinente al llenado de su cometido.

Obviamente, dado que la actuación de los entes de existencia ideal se halla condicionada por las normas jurídicas de su creación y fijan su competencia, toda acción que transgrediera de esos límites sería irremediamente nula e inválida.

Evidentemente, y con mayor razón, las acciones de los órganos de vigilancia de los tratados tampoco podrían jamás encaminarse a la consagración de violación de los derechos humanos que consagran los instrumentos que dieron lugar a su creación, ni a ningún otro, careciendo en absoluto de validez los actos que pudieran adolecer de este vicio⁶¹.

Pues bien, esto último -y no otra cosa- es lo que advertimos en las observaciones, comunicaciones e informes de algunos organismos internacionales de derechos humanos que, en lo que no trepidamos de calificar como palmaria corrupción del concepto de derechos humanos, propician la convalidación legal de la innoble privación del derecho a la vida de los seres humanos más inocentes e indefensos, cuales son las personas por nacer.

IV. b) Dos casos de la CIDH.

Aludiremos aquí a dos casos ventilados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frecuentemente citados por quienes insisten en compatibilizar el aborto con el sistema interamericano de de derechos humanos, el de la solución amistosa a la que se arribara en el caso de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto⁶², y el de las medidas cautelares dispuestas por ese organismo en un caso de Nicaragua identificado con el ficticio nombre de “Amelia”⁶³.

1. Caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto.

Los promotores del primer caso, las organizaciones no gubernamentales Centro de de Derechos Reproductivos, Alaide Foppa y el Grupo de Información en Reproducción Elegida, denunciaron a los Estados Unidos Mexicanos, alegando que en 1999 la menor Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, presunta víctima de una violación sexual de la que

⁶¹ Lo cual nos llevaría a analizar no sólo la invalidez de esas acciones, sino también la responsabilidad internacional en la que podrían incurrir tanto el órgano que se extralimita en sus funciones, como los miembros de esos órganos de vigilancia, individualmente considerados.

⁶² CIDH Informe 21/07, Petición 161-02

⁶³ CIDH MC 43/10 “Amelia”, Nicaragua.

resultó embarazada, había sido *obstaculizada por las autoridades estatales para ejercer su derecho a interrumpir dicho embarazo según lo establecido por la ley mexicana*. La alegada obstaculización habría consistido en que, habiéndose requerido y obtenido autorización para abortar, ello no se produjo, primero, debido a distintas dilaciones ocurridas en sede hospitalaria, y después, en razón del desistimiento de la práctica decidido por la madre de la menor cuando conoció los riesgos que la operación suponía para su hija. Consecuencia del desistimiento de llevar a cabo el aborto, el 13 de abril de 2000, nació el niño Isaac de Jesús Ramírez Jacinto. El violador fue condenado por los tribunales mexicanos a la pena de 16 años de prisión y 340 días de multa.

En sede internacional, el caso concluyó con una solución amistosa pactada entre las peticionarias y los Estados Unidos de México, de la que da cuenta el Informe 21/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en conformidad con la cual el Estado Mexicano accede a otorgar importantes beneficios sociales, educativos y económicos tanto a Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, como a su hijo, a quien en el texto del acuerdo solo se identifica por sus iniciales "I.R.J.". No obstante valorar como satisfactorio el acuerdo arribado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresó, *obiter dictum*, que:

observa la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos, resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos

La generalidad de las expresiones de la Comisión no permiten afirmar con certeza que en el informe se avale la práctica del aborto voluntario, lo cual, en caso de que así fuere, sería flagrantemente violatorio de los instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter regional (la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos), según se ha visto. En cualquier caso, un aval de esa naturaleza no podría ser opuesto a la República Argentina, en razón de que el artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, 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;***
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;***
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y***
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.***

Sin esfuerzo se aprecia que la Convención Americana prohíbe la limitación del goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pudiera estar reconocido en la propia Convención (inciso a) o en la legislación interna, o en otros instrumentos internacionales (inciso b), ni excluir o limitar el efecto que puedan producir la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (inciso d). Siendo ello así, y dado que la República Argentina ha reconocido el derecho intrínseco a la vida de todo niño desde la concepción y hasta los 18 años de edad, conforme lo establece su bloque de constitucionalidad integrado por la Convención sobre los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia, resulta de toda evidencia la inaplicabilidad de un criterio como el que GIL DOMÍNGUEZ parece entresacar del antecedente que comentamos.

2. El Caso “Amelia”, MC 43/2010.

En la República de Nicaragua, donde toda forma de aborto está prohibida por la ley en protección de la inviolabilidad del derecho a la vida de las personas por nacer, los familiares de una mujer de 27 años, madre de una niña de 10 años, embarazada y afectada por un cáncer metastático, con la asistencia de dos miembros del nada inocente Grupo Estratégico para la Despenalización del Aborto, bregaron porque se realizara esta práctica, falsamente invocada como la única manera de salvar la vida de la madre.

El caso tomo estado público y la Asociación Médica Nicaragüense emitió un categórico comunicado, en el que expresó no encontrar ninguna justificación para que la joven sea sometida a un aborto directo provocado, especificando que el aborto no la iba a curar de su cáncer ni de sus metástasis, por lo que recomendó brindarle terapia adecuada, ya sea curativa o paliativa, asegurarle calidad de vida y dar soporte psicológico a ella y su familia⁶⁴.

Según su propio comunicado de prensa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que:

⁶⁴ “...la Asociación Médica Nicaragüense, fiel a sus principios referentes a la defensa de la vida como bien supremo de la persona humana, que goza de protección jurídica, origen de todos los derechos humanos y a la búsqueda del bienestar físico, mental y social de los nicaragüenses, de procurar un estándar de salud y calidad de vida de nuestros semejantes, ante la discusión actual sobre el caso de una nicaragüense que está embarazada y tiene diagnóstico de un cáncer con metástasis a distancia, siente la obligación de dar a conocer a la ciudadanía los criterios científicos que amerita el manejo de estos casos: 1- Está demostrado científicamente que en casos de cáncer ginecológico el embarazo no influye ni en la progresión ni en la expansión de los tumores. 2- Según el estadio clínico del cáncer, en Nicaragua existen diversas opciones de tratamientos (quirúrgico, radioterapia y quimioterapia) los cuales pueden ser combinados. 3- Que si bien es cierto que se han obtenido éxitos en la curación de cáncer diagnosticado en etapas tempranas, estos porcentajes disminuyen a medida que la enfermedad progresa siendo prácticamente nulo cuando se llega al estado de metástasis. 4- Según múltiples estudios y experiencias, tomando en cuenta la evolución natural de un cáncer, su inicio se fija entre siete a diez años antes de que dicho cáncer se manifieste con metástasis. 5- Los cánceres diagnosticados durante el embarazo se tratarán de acuerdo a su origen, estadio, localización y severidad, bajo el concepto de consentimiento informado y actuando directamente contra la enfermedad y no contra el bebé. 6- En el caso de la quimioterapia puede administrarse a la madre embarazada, esperándose afectación al bebe en un 7%, lo cual no justifica que se efectúen acciones directas contra el bebé (aborto provocado). 7- Si como consecuencia del tratamiento (7%) se produjese la muerte del bebé, ésta se daría como un acto indirecto no querido ni procurado, lo cual, siguiendo el principio bioético de doble efecto, no sería causal de sanción penal, bioética, ni moral. Por lo tanto Asociación Médica Nicaragüense, ante la situación mediática que ha suscitado el caso “AMELIA” no encuentra ninguna justificación para que sea sometida a un aborto directo provocado. El aborto no la va a curar de su cáncer ni de sus metástasis, por lo que hay que brindarle terapia adecuada, ya sea curativa o paliativa, asegurarle calidad de vida y dar soporte psicológico a ella y su familia. Asociación Médica Nicaragüense mantiene su principio que es obligación del médico luchar por las dos vidas por igual. Bajo ninguna circunstancia ni bajo ningún pretexto, un médico debe procurar la muerte de ningún ser humano cualquiera que sea su edad, sexo, condición religiosa, económica, política ni social. Los bebés concebidos en el vientre materno son personas reconocidas así en nuestros códigos y leyes. Dado en la Ciudad de Managua a los diez y nueve días del mes de Febrero de dos mil diez.”

La Comisión Interamericana expresó: “*MC 43/10 – “Amelia”, Nicaragua El 26 de febrero de 2010, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de una persona que la CIDH identificará como Amelia, en Nicaragua. En la solicitud de medida cautelar se alega que Amelia, madre de una niña de 10 años, no estaría recibiendo la atención médica necesaria para tratar el cáncer que padece, en razón de su embarazo. La solicitud añade que los médicos habían recomendado de manera urgente iniciar un tratamiento de quimioterapia o radioterapia, pero que el hospital informó a la madre y los representantes de Amelia que el tratamiento no sería realizado dada la alta posibilidad de que éste provocara un aborto. La Comisión Interamericana solicitó 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; que adopte estas medidas en concertación con la beneficiaria y sus representantes; y que reserve la identidad de la beneficiaria y de su familia. Dentro del plazo de cinco días otorgado para responder, el Estado de Nicaragua informó a la CIDH que se ha iniciado el tratamiento requerido.*”⁶⁵.

Como se ve, la opinión científica objetiva de la Asociación Médica Nicaragüense dio cuenta de la absoluta falta de necesidad de recurrir a la práctica del aborto para tratar a la mujer, pudiéndose actuar contra la enfermedad, sin que ello implique hacerlo contra el bebé.

Y en cuanto a lo decidido cautelarmente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vemos que se limitó fue requerir a Nicaragua que se asegure que la beneficiaria tenga acceso al *tratamiento médico necesario para tratar su cáncer metastático*, lo que modo alguno significa indicar la práctica del aborto, ni la justificación del aborto por parte de la Comisión.

Por otra parte, dado que la legislación interna Nicaragua prohíbe toda forma de aborto en favor de los derechos humanos de las personas por nacer, la Comisión no podría siquiera sugerirle su despenalización, por oponerse a ello la clara disposición del artículo 29 inciso b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hemos transcripto anteriormente.

IV. c) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Derecho a la Vida de los Niños y el Comité de Derechos Humanos.

Algunas veces quienes quieren legitimar el aborto traen también a colación, junto con una referencia al caso *Karen Noelia Llantoy Huamán c. Perú*, el contenido de determinadas Observaciones Finales formuladas por el Comité de Derechos Humanos con relación al Estado Argentino. Previo a su análisis, estimamos pertinente refrescar algunas nociones acerca del instrumento internacional que dio origen a dicho Comité, es decir, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puesto que es a la luz de sus disposiciones que podremos apreciar la valoración que merecen, tanto el informe sobre el caso individual, como las observaciones dirigidas a nuestro país.

Derecho a la Vida de los Niños en el Pacto.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Adicional, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 (XXI) del 16/12/66, fueron aprobados por nuestro país mediante Ley N° 23.313 y ratificados en sede internacional durante el año 1986. Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto contiene en su Preámbulo la expresa mención de la dignidad de *todos los miembros de la familia humana*, de la cual derivan *sus derechos*

⁶⁵ Puede verse en <http://cidh.org/medidas/2010.sp.htm>

iguales e inalienables, señalándose también que la realización del ideal humano en el libre disfrute de las libertades civiles y políticas y la liberación del temor y la miseria requiere que *se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como sus derechos económicos, sociales y culturales.*

Del articulado del Pacto nos interesan las disposiciones de los artículos 2.1⁶⁶, 3⁶⁷, 5⁶⁸, 6,⁶⁹ 16⁷⁰ y 24.1⁷¹.

También aquí habremos de recurrir a los criterios de interpretación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Conforme a ello, debemos decir que la buena fe, el sentido corriente de las palabras, el objeto y fin del tratado, su texto y su contexto, nos indican que siendo los derechos humanos universales, iguales e inalienables y se relacionan con la dignidad de todos los miembros de la familia humana, no hay lugar a que determinada categoría de seres humanos, las personas concebidas y no nacidas, sean despojadas de esos derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la declaración conforme a la cual el derecho a la vida es inherente a la persona humana (artículo 6. 1), unida a la efectuada en el sentido de que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad (artículo 16), implica tanto como extender dicho reconocimiento a las personas por nacer (que son seres humanos) y declarar la inviolabilidad de su derecho a la vida, precisamente, merced a ese carácter de *persona* que le confiere la condición humana que en modo alguno se puede ignorar. Una aplicación concreta de este principio, lo encontramos en el inciso 5° del mismo artículo 6 del Pacto, en el cual se prescribe la inaplicabilidad de la pena de muerte para la mujer que se halla en estado de gravidez, en atención al ser humano inocente que vive y se desarrolla en su interior, esperando nacer.

A ello también nos conduce la consideración de la norma del artículo 2. 1, en cuanto compromete a los Estados Parte a garantizar y respetar los derechos reconocidos por el mismo **a todos los individuos que se encuentren en su territorio y sujetos a su**

⁶⁶ “Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”

⁶⁷ “Artículo 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”

⁶⁸ “Artículo 5. 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender acciones o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o reconoce en menor grado”

⁶⁹ “Artículo 6: 1. **El 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....** 5. **No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.** 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.”

⁷⁰ “Artículo 16: **Todo ser humano tiene derecho**, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”

⁷¹ “Artículo 24. 1 **Todo niño tiene derecho**, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, **a las medidas de protección que su condición de menores requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado...** “

jurisdicción, sin distinción de ninguna especie, lo que importa tanto como la obligación de garantizar el derecho a la vida de la persona por nacer, pues no cabe discriminarla por esa sola circunstancia, y, según se ha visto, el derecho a la vida ha sido garantizado en el Pacto.

Añádase a ello la norma del artículo 24.1, que garantiza a **todo niño** la protección de su familia, de la sociedad y del Estado, y se verá con claridad que toda hipótesis de aborto legal resulta netamente contraria al Pacto en consideración, pues la muerte de los niños directamente provocada resulta incompatible con toda idea de protección.

Las facultades del Comité de Derechos Humanos.

Según el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos, se compone con nacionales de los Estados Partes *que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos*, añadiendo la norma que *Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica*” y que dichos miembros *serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal*.

De acuerdo con el artículo 40 del mismo instrumento, los Estados se comprometen a presentar, a través del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las disposiciones que hayan adoptado con relación a los derechos reconocidos por el Pacto y sobre los progresos realizados en relación al goce de esos derechos. Luego de estudiados los informes, el Comité transmitirá los suyos a los Estados Partes, así como los comentarios generales que estime oportunos. También puede el Comité transmitir esos comentarios al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, junto con copia de los informes que hubiera recibido de los Estados. Este procedimiento es de cooperación y tiene como finalidad proporcionar a los Estados Partes una ayuda eficaz para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción del Pacto. El instrumento regula, en sus artículos 41 t 42, mediando una declaración especial de competencia del Comité, un procedimiento conciliatorio a fin de que dicho órgano pueda recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las comunicaciones impuestas por el Pacto. A su vez, el artículo 1° del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorga competencia al Comité para *recibir y considerar comunicaciones de individuos* que se hallen en jurisdicción de un Estado Parte del Protocolo, con relación a *cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto*, estableciéndose en los artículos 2, 3, 4, y 5 el procedimiento a seguir con esas comunicaciones y las explicaciones que brindare el Estado Parte, trámite que concluye con la presentación, por parte del Comité, de *sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo*.

El caso “Karen Noelia Llantoy Huamán c. Perú” Comunicación N° 1153/2003

Karen Llantoy Huamán, representada por las organizaciones DEMUS, CLADEM y *Center for Reproductive Law and Policy*, se presentó al Comité de Derechos Humanos, alegando haber sido víctima de una violación de los artículos 2, 3, 6, 7, 24 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en razón de no habersele facilitado el aborto de una niña anencefálica, que llegó a vivir cuatro días después del parto *período durante el cual debió amamantarla*. Al efecto, refirió que habiéndose realizado una ecografía de la que surgió que la niña que esperaba padecía esa enfermedad, solicitó en un hospital de Lima que se le practicara un aborto, lo que le fue negado, en razón de que el artículo 120 del Código Penal del Perú considera delito al supuesto de aborto cuando *el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas* y que el supuesto de aborto terapéutico, que el mismo código contempla en su artículo 119, sólo es permitido

en ese país cuando es *el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente*. Adujo, asimismo, que la interrupción del embarazo le había sido recomendada *ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional* de la peticionante y su familia.

En razón de ello, la peticionaria dice violado el artículo 2 del Pacto, en razón de que *el Estado debió haber tomado medidas frente a la resistencia sistemática de la comunidad médica a cumplir con la disposición legal que autoriza el aborto terapéutico y la interpretación restrictiva que hace de éste*, añadiendo que *Dicha interpretación restrictiva fue patente...al considerar que un embarazo de feto anencefálico no ponía en peligro su vida y salud*, de lo que desprende que el Estado *incumplió su obligación de garantizar el ejercicio de un derecho*. Respecto del artículo 3 del mismo instrumento, sostiene haber sido objeto de discriminación *ya que no se reconocieron sus diferentes necesidades particulares por razón de su sexo*, afirmando que *la ausencia de medidas estatales para evitar que se vulnera su derecho a un aborto legal por motivos terapéuticos, solo requerido por las mujeres, sumado a la arbitrariedad del personal de salud, trajo como resultado una práctica discriminatoria que violó sus derechos*. Dice además que se violó el artículo 6 del Pacto, pues *la experiencia por la que tuvo que pasar le dejó graves secuelas en su salud mental de las que todavía no se ha recuperado*, alegando al respecto que *la vulneración al derecho a la vida se configuró en el hecho de que el Estado peruano no adoptó las medidas para que la autora obtuviera una interrupción segura de un embarazo por inviabilidad fetal y que la negativa a prestar el servicio de aborto legal la dejó entre dos opciones igualmente peligrosas para su vida e integridad: optar por buscar servicios e aborto clandestino –y por lo tanto altamente riesgosos–, o continuar con un embarazo peligroso y traumático que puso en peligro su vida*. La alegada violación al artículo 7 del Pacto consistió, según la autora, en que *la obligación que se le impuso de continuar de manera forzada con el embarazo constituye un trato cruel e inhumano*; aduciéndose, además que el artículo 17 del Pacto habría sido violado, en razón de que *este derecho protege a las mujeres de la intrusión en las decisiones que recaen sobre sus cuerpos y sus vidas*. Por fin, señala que se habría violado el artículo 24 del Pacto *ya que no recibió la atención especial que requería, en su condición de niña adolescente, por parte de las instancias de salud* y el artículo 26 del mismo instrumento, dado que –según su paladar– *el hecho de que las autoridades peruanas hayan considerado que su caso no encuadraba dentro del aborto terapéutico contemplado en el código penal como no penalizado, la dejó en estado de desprotección*.

Dado que el Estado peruano no presentó información sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación, el Comité de Derechos Humanos decidió dar peso a las alegaciones de la autora *en la medida en que estas hayan quedado debidamente fundamentadas* y en su dictamen del 24 de octubre de 2005, se pronunció: a) Sobre la admisibilidad de la petición, desestimando las alegaciones relativas a la presenta violación de los artículos 3 y 26 del Pacto (acápites 5.3), y considerando fundamentadas las relativas a los artículos 2, 6, 7, 17 y 24 (acápites 5.4 y 5.5); b) Sobre el fondo, considerando que habían sido violados los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto (acápites 6.2, 6.3, 6.4, 6.5, 6.6 y 7), y c) Declarando que el Estado peruano *tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo que incluya una indemnización y de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro* (acápites 8).

Los razonamientos del Comité resultan puramente aparentes y propiciatorios de conductas que, por ser francamente violatoria de los derechos humanos de las personas

por nacer, se encuentran en directa contradicción con las específicas normas del Pacto que el Comité debe observar, y cuyo cumplimiento debe promover.

No es sensato pretender que exista un *derecho a matar* a un ser humano inocente, como era la niña por nacer del caso, lo que hubiera significado, lisa y llanamente, la violación de su derecho a la vida, consagrado por el artículo 6 del Pacto. Particularmente más grave es que, en el caso, la decisión de matar se había adoptado en razón de las frágiles condiciones de salud de la niña por nacer, como si pudiera sostenerse, con arreglo al instrumento internacional, que existen vidas de seres humanos que merecen ser resguardadas y otras que no; lo cual implicaría –de suyo-, la adopción de un criterio discriminatorio expresamente prohibido por los artículos 2.1 y 24.1 del Pacto. Criterio que, por añadidura, importa propiciar, en el caso de niños anencefálicos, la no aplicación de las medidas de protección que su condición de menores requiere y que el citado artículo 24.1 del Pacto señala como debidas *tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado*.

En su dictamen, el Comité pondera que la autora haya acompañado una constancia que acreditaría que durante el embarazo habría estado sujeta a *riesgo vital*, pero de su relato de las circunstancias de la causa, surge que sólo pudo tener por acreditado que la peticionaria habría sufrido una mera *inflamación vulvar que requirió tratamiento médico*. Tratándose de una dolencia menor y frecuente –incluso luego de la práctica de abortos-, su invocación como fundamento para un inexistente peligro para la vida nos parece una burla a la inteligencia, que demuestra falta de razonabilidad en el dictamen del Comité. Del mismo modo debemos calificar la pretensión del Comité, en orden a sostener que la autora quedó con secuelas psicológicas severas atribuidas a que *tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo*, añadiendo luego que *La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión del Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar*. El hecho de que la niña moriría al poco tiempo, no fue conocido como consecuencia de que el embarazo haya llegado a término, sino que era algo que la autora sabía desde el momento en el que se diagnosticó la enfermedad de la niña; luego, el sufrimiento que se sigue de ese conocimiento no puede atribuirse a la negativa a practicar el aborto. Por lo demás, el medio de evitar sufrimientos para la madre nunca puede ser la eliminación del hijo. ¡Nunca será legítimo para evitar el sufrimiento de una persona, que se pudiera autorizar a que ésta determine la muerte de otro ser humano inocente e indefenso, como era la niña anencefálica que la autora finalmente dio a luz! Debemos añadir a lo dicho, que el Comité parece no hacerse cargo de que esas secuelas psíquicas en la autora hubieran sido seguramente peores, si se le hubiera añadido el padecimiento del síndrome post aborto, como segura consecuencia de saberse partícipe de la muerte directamente provocada de su hija.

Tratamiento aparte merece el dislate de pretender calificar al aborto voluntario, es decir la muerte directamente provocada de una persona por nacer, como un *beneficio*, lo que muestra a las claras que el Comité ha llegado a un grado de ideologización y compromiso con la Cultura de la Muerte que no le permite cumplir adecuadamente con su cometido de velar por los derechos humanos de **todos** los seres humanos.

Por fin, nos parece señaladamente grave que el Comité –que no es un órgano jurisdiccional- se atribuya la potestad de opinar sobre la razonable interpretación que realizan las autoridades públicas del Perú con relación a su propia legislación interna, pretendiendo obligar a un Estado soberano a que indemnice a una mujer ¡por no haberle permitido matar a su hija! y, a que, en lo sucesivo, deje sin protección la vida de toda

una categoría de seres humanos sujetos a su jurisdicción; pues tal es la condición de las personas por nacer, aunque padezcan anencefalia y su vida post nacimiento se limite a pocos instantes, o cuatro días, como en el caso de la niña dada a luz por la peticionaria.

Observaciones del Comité de Derechos Humanos respecto de la República Argentina.

En sus “observaciones finales” del 22 de marzo de 2010⁷², el Comité de Derechos Humanos ha expresado con relación a la Argentina que:

13. El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (Artículos 3 y 6 del Pacto)

El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal.

Como vemos, en este documento el Comité manifiesta su *preocupación* por la existencia de legislación restrictiva del aborto, sin considerar que de ese modo se resguarda el derecho a la vida de los seres humanos que, habiendo sido concebidos, existen y están por nacer, lo cual guarda perfecta congruencia con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como con los otros instrumentos internacionales de derechos humanos que, tanto en el orden regional, como en el universal, ha suscripto y ratificado nuestro país.

Asimismo, la calificación de *inconsistente* que el Comité prodiga a la interpretación que los tribunales realizan acerca de las causales de no punibilidad que se contenían en la segunda parte del artículo 86 del Código Penal, aparece como dogmática y carente de fundamentación racional. Más allá de su sesgo impertinente, el aserto no aclara a qué se refiere como inconsistencia, si a la declaración de inconstitucionalidad o derogación de esa norma o a su interpretación excluyente de los supuestos de embarazo proveniente de violación a una mujer que no sea *idiota o demente*.

Inconsistente y contradictorio aparece, en verdad, el hecho de que el Comité pretenda fundar recomendaciones a favor del aborto citando entre paréntesis los artículos 3° y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, precisamente, tratan de la igualdad de hombres y mujeres para el goce de los derechos reconocidos en el Pacto y el carácter inherente a la persona humana que el mismo Pacto reconoce al fundamental derecho a la vida, del cual, como seres humanos que son, resultan también titulares todas las personas por nacer. Si el Pacto proclama la igualdad y el derecho a la vida de todos los seres humanos, no se concibe que, con el falaz argumento de no poner en riesgo la vida de quienes –por las razones que fueren- se proponen matar a sus hijos, se postule legalizar y facilitar la muerte de esos niños por nacer.

No existen, ni pueden existir, abortos *buenos* (legales) que puedan ser considerados preferibles a abortos *malos* (clandestinos), toda vez que, en todos los casos en los que esa práctica abominable se verifica, se causa directamente la muerte a seres humanos inocentes e indefensos, titulares indiscutibles del fundamental derecho a la vida; y ello nunca puede ser convalidado, facilitado, ni despenalizado, pues significa siempre y en

⁷² Advance Unedited version CCPR/C/ARG/CO/4

todos los supuestos una descomunal injusticia y, por ello, una grave violación a los derechos humanos.

Tampoco es admisible que un órgano creado por el instrumento internacional de derechos humanos que aquí analizamos, propicie conceder autorizaciones legislativas para se emprendan acciones encaminadas a la destrucción del derecho a la vida de las personas por nacer, proponiendo con ello que el Estado Argentino, vulnere directamente los derechos consagrados en otros tratados internacionales de derechos humanos de los que el mismo Estado es parte (v.gr. Convención Americana de Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño), toda vez que del artículo 5° del propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se desprende con meridiana claridad que a) Ningún grupo o individuo puede emprender acciones o realizar actos encaminados a la destrucción del derecho consagrado en el Pacto, como indudablemente es el derecho a la vida de todos los seres humanos (los niños por nacer lo son) o a su limitación, y que b) Aún en el caso de que no se considerase incluido ese derecho en el Pacto (que lo está), resulta también ilícita la pretensión, bajo ese pretexto, de restringir o menoscabar el derecho a la vida de las personas por nacer, que –con carácter inviolable- ha sido reconocido en las leyes e instrumentos internacionales suscriptos por la República Argentina y que hoy conforman su bloque de constitucionalidad.

Resultan por ello una tergiversación de la letra y del espíritu del Pacto, en flagrante violación de sus disposiciones, las novedosas *recomendaciones* que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha permitido formular, pretendiendo que la penalización del aborto (que es la directa violación del derecho a la vida de una persona por nacer) pudiera implicar una suerte de violación a supuestos derechos de las mujeres, que resultarían netamente contrarios a) A la consagración del derecho a la vida que el Pacto establece para todos los miembros de la familia humana, lo que incluye a las personas por nacer; b) A la naturaleza y a la dignidad humanas y c) Al texto expreso de otros instrumentos internacionales que consagran la inviolabilidad del derecho a la vida desde la concepción. Por otra parte, esos supuestos e inadmisibles derechos de las mujeres a *matar o hacer matar a seres humanos no nacidos* jamás han sido plasmados en instrumento internacional de derechos humanos alguno, y tampoco pueden desprenderse, siquiera forzosamente, del texto de ningún tratado de esa naturaleza.

IV. d) Observaciones del Comité para la Eliminación de la discriminación contra la Mujer.

También de ordinario son citadas por el pensamiento abortista dos recomendaciones que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer formulara a nuestro país, en los años 1997 y 2010. De allí que también sea conveniente analizar someramente dichas piezas.

1. En las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 17° período de sesiones (7 al 15 de julio del año 1997)⁷³, dicho organismo expresó con relación a nuestro país que:

La representante indicó que la salud de la mujer había mejorado en el último decenio. La esperanza de vida de las mujeres superaba por un margen cada vez mayor a la de los hombres y se habían reducido las tasas de mortalidad derivada de la maternidad. El Ministerio de Salud había iniciado programas de capacitación para promover la salud de la mujer.

⁷³ Documento A/52/38/Rev..1., del 12 de agosto de 1997.

Más adelante, entre sus *sugerencias y recomendaciones*, leemos que:

El Comité demostró inquietud porque, pese al desarrollo económico y social de la Argentina, seguían siendo elevadas la mortalidad y la morbilidad de la mujer como consecuencia del parto y los abortos.

Y que

El Comité sugirió que se adoptaran más medidas de todo tipo para reducir la mortalidad y la morbilidad derivadas de la maternidad.

El Comité recomendó que se revisara la legislación por la que se penaliza a las mujeres que optan por el aborto.

Despréndese de ello que el Comité, que valora la reducción de la mortalidad derivada de la maternidad exhibida por el país, y que observa que como consecuencia del aborto se producen *mortalidad y morbilidad de la mujer*, se limita a sugerir más medidas que conduzcan a su disminución y recomienda *revisar* la legislación por la que se penaliza a la mujer que opta por el aborto.

Aunque el tono del documento parece relativamente *suave*, no podemos dejar de observar que, al pasar, se desliza en el mismo una inaceptable ponderación del aborto (es decir la muerte voluntariamente provocada de una persona por nacer), como si el recurso al crimen fuera una opción legítima para la mujer, cuya penalización propone *revisar*.

2. De un tenor más descarado, resultan las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer brindadas en su 46 período de sesiones (12 al 30 de junio de 2010)⁷⁴, dónde bajo el título *Salud*, se le dice a la Argentina que:

37. El Comité, si bien aprecia la creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, de ámbito nacional, y la publicación, en el marco de ese programa, de la “Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles” destinada a clarificar algunos aspectos del artículo 86 del Código Penal, observa que el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva sigue constituyendo un grave problema para las mujeres argentinas. El Comité expresa además su preocupación por la elevada tasa de embarazos entre las adolescentes y la elevada tasa de mortalidad materna, que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal.

38. El Comité insta al Estado parte a que asegure el acceso de las mujeres y las adolescentes a los servicios de salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva, y a que vele por que se imparta educación sobre la salud sexual y reproductiva en todas las escuelas a todos los niveles, según corresponda. El Comité insta también al Estado parte a que adopte todas las medidas necesarias para reducir aún más la elevada tasa de mortalidad materna. El Comité insta además al Estado parte a que revise la legislación vigente que penaliza el aborto, que tiene graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres. El Estado parte debe asegurarse de que la “Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles”, se aplique en todo el país de manera uniforme de modo que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir el embarazo.

Lo primero que anotamos es que existe una obvia contradicción entre los términos *salud* y *aborto*. Por una parte, es obvio que el embarazo no puede ser calificado como

⁷⁴ Documento CEDAW C/ARG/CO/6, del 16 de agosto de 2010.

enfermedad; por otra, porque el aborto siempre involucra la muerte de una persona, de modo que de ninguna manera puede ser considerado *saludable*.

En cuanto a la *Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles*, cuya factura pondera el Comité, es un instrumento que, en tanto que reglamenta los métodos para producir la muerte de personas por nacer, constituye un verdadero y atroz **procedimiento de sistematización de la eliminación de seres humanos**, no resultando concebible, por ello, que tan luego un órgano de vigilancia de un tratado de derechos humanos propicie su aplicación uniforme en todo el país.

Tampoco ha advertido el Comité la contradicción que entraña que esa *Guía Técnica para la Atención de los Abortos no punibles*, aparezca enmarcada en el Programa de Salud Sexual y Procreación responsable, puesto que el aborto nada tiene que ver con la *Salud sexual*, ni con la *Procreación responsable*, conceptos que de ningún modo pueden incluir la muerte provocada del niño por nacer. Precisamente, por tal motivo, la Ley N° 25.673 (creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable) **excluyó expresamente al aborto como servicio de salud sexual**, tal como consta en su artículo 6°⁷⁵. Y no podía ser de otra manera, debido a la tradición argentina en la materia (ignorada también por el Comité), que claramente se puede apreciar de innumerables declaraciones interpretativas y reservas realizadas por nuestro país ante diversos foros internacionales, a saber:

Al concluirse la **Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo** realizada en el El Cairo en 1994, el representante de la Argentina presentó la siguiente declaración por escrito:

Principio 1

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

[...]

Capítulo VII (Derechos reproductivos y salud reproductiva)

Párrafo 7.2

La República Argentina, no puede admitir que en el concepto de "salud reproductiva" se incluya el aborto ni como servicio ni como método de regulación de la fecundidad.

La presente reserva, fundada en el carácter universal del derecho a la vida, se extiende a todas las menciones que recojan ese sentido.

En la **Sexta Conferencia Regional sobre Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe**, llevada a cabo en Mar del Plata en octubre de 1994, la delegación argentina expresó:

– La República Argentina reserva el concepto de «Salud Reproductiva», en todas sus menciones en el presente Programa de Acción, en tanto el mismo incluye el aborto

⁷⁵ ARTICULO 6° — La transformación del modelo de atención se implementará reforzando la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces sobre salud sexual y procreación responsable. A dichos fines se deberá: a) Establecer un adecuado sistema de control de salud para la detección temprana de las enfermedades de transmisión sexual, vih/sida y cáncer genital y mamario. Realizar diagnóstico, tratamiento y rehabilitación; b) A demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible, **no abortivos** y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT;c) Efectuar controles periódicos posteriores a la utilización del método elegido

como método de «regulación de la fecundidad». La presente reserva se funda en el carácter universal del derecho a la vida.

Consta que en el **Informe de la vigésima reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe**, Santiago de Chile 16 al 18 de noviembre de 1994. (Doc. L.C/L.872/MDM.20/3), se puso de manifiesto que:

La República Argentina reserva el concepto de “Salud Reproductiva”, en todas sus menciones en el presente Programa de Acción, en tanto el mismo incluye el aborto como método de “regulación de la fecundidad”. La presente reserva se funda en el carácter universal del derecho a la vida.

También en la **Declaración de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social** (Copenhague, marzo de 1995), el representante del gobierno argentino presentó una declaración escrita con respecto a los términos "salud reproductiva", en la misma línea de lo dicho en El Cairo manifestando que:

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

En la **Cuarta Conferencia Internacional sobre la Mujer** (Beijing 1995), la representante de la Argentina presentó la siguiente declaración escrita:

...Ninguna referencia de estos documentos al derecho al control sobre cuestiones relativas a la sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, puede ser interpretada como limitativa del derecho a la vida ni abrogatoria de la condena del aborto como método de control de la fertilidad o instrumento de políticas de población. (Conforme al artículo 75, inciso 23 de la Constitución de la Nación Argentina, artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y párrafo 41 del Programa de Acción de Viena aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.) Ninguna propuesta de los documentos podrá interpretarse para justificar programas de esterilización femenina o masculina como variable de ajuste para erradicar la pobreza.

La delegación argentina participó del consenso para adoptar el párrafo 106 k) de la Plataforma de Acción que recomienda a los gobiernos considerar la posibilidad de revisar el derecho que impone sanciones a la madre que comete un aborto. Esta posición fue asumida teniendo en cuenta la tradición jurídica argentina, la jurisprudencia de nuestros tribunales y las circunstancias atenuantes que generalmente se han considerado, sin que ello signifique una propuesta para despenalizar el aborto ni eximir de su responsabilidad criminal a quienes puedan ser coautores o partícipes de este delito.

Las referencias al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo contenidas en los documentos de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer deben entenderse en el contexto de las reservas que el Gobierno de la República Argentina formuló y que constan en el correspondiente informe (A/CONF.171/13 y Add.1).

La delegación argentina mantiene en todo lo que es pertinente a los documentos de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, las reservas formuladas con respecto al Plan de Acción Regional para la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe, adoptadas en Santiago de Chile en junio de 1995.

En la **Conferencia sobre Asentamientos Humanos – Hábitat II**– Estambul 13 al 14 de junio de 1996, el representante de la Argentina presentó por escrito la siguiente declaración:

La Argentina reserva el concepto de “Salud Reproductiva” mencionado en el Programa de Hábitat, en tanto el mismo incluya el aborto como método y servicio de “regulación de la fecundidad”. La presente reserva se funda en el carácter universal del derecho a la vida.

También en el año 1996, durante la **Cumbre Mundial sobre la Alimentación** que tuvo lugar en Roma, la República Argentina formuló, por medio del entonces Vicepresidente de la Nación una reserva en el siguiente tenor:

RESERVA

La República Argentina, fundada en imperativos de su ordenamiento jurídico interno constitucional y legal, tal como lo admite el párrafo N° 12 de la declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, y, especialmente, en el carácter universal del respeto al derecho a la vida, formula la siguiente reserva:

La prestación de los servicios de salud reproductiva deberá llevarse a cabo respetando la libertad de decisión de las personas, teniendo en cuenta los valores religiosos éticos y culturales que aquéllas sustenten. La República Argentina reafirma el principio de la responsabilidad primaria de los padres sobre las cuestiones relativas a la educación y salud de sus hijos menores, conforme con lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Los servicios de salud reproductiva en ningún caso deben incluir el aborto, quirúrgico o químico, ni en sí mismo ni como método de control de la calidad.

Durante la **Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas** denominada *La mujer en el año 2000: igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI*, realizada en Nueva York en junio de 2000, el representante argentino, Embajador Enrique Candiotti, manifestó en su discurso que:

...La posición del Gobierno argentino, proclamada desde siempre en los foros internacionales, está inspirada en los valores más preciados de todo ser humano: la vida, la libertad y la dignidad. Las premisas de nuestra acción en esta materia incluye la salvaguardia y la defensa de la vida humana, desde la concepción hasta su término natural; la protección de la familia, como núcleo social fundamental; el reconocimiento de los derechos y obligaciones de los padres en la educación de los hijos; y la responsabilidad básica del Estado en la construcción de una sociedad cada vez más democrática, tolerante, humanista y justa...⁷⁶.

En la **Sesión Especial sobre la Infancia de la Asamblea General de las Naciones Unidas**, que tuvo lugar en Nueva York en mayo de 2002, el representante argentino hizo constar que:

Al unirse al consenso respecto al texto que acabamos de aceptar, mi delegación desea efectuar la siguiente declaración...Nuestro país desea además reiterar las declaraciones interpretativas efectuadas en oportunidad de la Conferencia Internacional sobre Población (El Cairo 1994), Declaración de Beijing y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995, Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II, Estambul 1996) y Conferencia sobre la Seguridad Alimentaria Mundial (Roma, 1996)

Asimismo, al finalizar la **Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable**, Johannesburgo, septiembre de 2002, y con relación al Plan de Aplicación de las

⁷⁶ Documento A/S-23/PV8

Decisiones de la Cumbre, el representante de la Argentina formuló una declaración escrita en la que se hace constar que:

La delegación argentina desea efectuar las siguientes declaraciones interpretativas. ... La República Argentina entiende que el contenido del Plan de Aplicación está inspirado en el respeto de la vida humana y la dignidad del hombre (principio I de la Declaración de Río) y, por lo tanto, nada en ese documento puede interpretarse de modo tal que se justifique ninguna acción que directa o indirectamente atente contra la inviolabilidad y la sacralidad de la vida humana desde su concepción....⁷⁷

3. Constituye también un grosero error de parte del Comité, la pretensión de que la legislación vigente que penaliza el aborto, traiga *graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres*. En realidad, esas consecuencias provienen de la práctica abortiva en sí misma considerada que, además de segar la vida del niño no nacido, coloca a la mujer ante serios riesgos para su salud física y psíquica. Prueba irrefutable de ello es que en Chile desde que en 1989 se prohibió el aborto mal llamado terapéutico, la tasa de mortalidad materna disminuyó en un 88 %.⁷⁸ De modo pues que, si de verdad se quieren eliminar esas consecuencias, lo que debe postularse la eliminación de la causa que las produce que no es otra que la deleznable práctica del aborto.

4. En otro orden de ideas, consideramos que el Comité carece en absoluto de facultades para efectuar recomendaciones o sugerencias con relación al tema del aborto, toda vez que éste no guarda relación alguna con el propósito de la Convención en orden a reafirmar, garantizar y favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, erradicando la *discriminación contra la mujer* definida como:

toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Tampoco el texto de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), ni el de su protocolo facultativo, contienen referencia alguna acerca del aborto, y el artículo 12 de la Convención que comúnmente se cita para forzar una interpretación inclusiva de ese concepto, nada tiene que ver con el mismo, dado que dice textualmente:

*Artículo 12 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.*

En primer término, debemos señalar que la prohibición del aborto nada tiene que ver con discriminaciones, exclusiones o restricciones dirigidas contra la mujer en razón de su sexo, ni tienen por objeto o resultado el menoscabo de derecho alguno, sino que, por el contrario, tiene como propósito resguardar la inviolabilidad del derecho a la vida de

⁷⁷ Documento A/Conf.199/20

⁷⁸ Así lo expresó, basada en estudios científicos, la representante chilena ante la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, durante el 55° periodo de sesiones, que tuvo lugar en Nueva York entre el 22 de febrero y el 4 de marzo de 2011

los seres humanos que, concebidos, no han nacido aún. Debemos recordar también, que nuestro país ha sido siempre categórico al manifestar ante los más diversos foros internacionales su condena del aborto como método de reducción o control de la natalidad, y como medio de regulación de la fecundidad o planificación familiar. Tampoco el concepto *servicios médicos relativos a la planificación de la familia* puede incluir, ni justificar, el recurso al aborto, pues la planificación familiar (en condiciones de igualdad con el varón) evidentemente permite que las mujeres analicen y dispongan de servicios médicos que les permitan una proyección futura de las propias acciones en orden a la dimensión de su familia -sea tener más hijos, sea espaciando los embarazos- pero de ninguna manera avalan la eliminación de los hijos que han sido concebidos, que son seres humanos que ya existen y que tienen un inviolable derecho a la vida, precisamente desde el momento de la concepción..Asimismo, resulta evidente que tampoco se refiere al aborto, sino que, por el contrario se hace mención de términos absolutamente incompatibles con dicho concepto: *servicios apropiados en relación con el embarazo, parto y período posterior al parto*.

Por lo demás, el artículo 16, en sus incisos d) y e) de la Convención parecen claramente contrarios a toda idea de legitimación del aborto.

El primero, en cuanto dice que:

Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

Y el segundo, al decir que:

Los mismos derechos a 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;

Evidentemente, el énfasis puesto en la parte final del inciso d) del artículo 16, al establecer, respecto de las decisiones concernientes a los hijos, que ***en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial***, hace imposible pensar en cualquier legitimación del aborto, que consiste, precisamente en matar o hacer matar al hijo. Del mismo modo, la alusión a la responsabilidad en la toma de decisiones acerca del número de hijos e intervalo entre los nacimientos, indica claramente que cualquier decisión en este sentido implica, para quien la toma, la consecuencia jurídica de responder, haciéndose cargo de ella.

Así las cosas, tampoco aparecen fundadas en derecho las pretensiones del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que, sin sonrojo ninguno y extralimitándose claramente de sus competencias, propician que nuestro país acepte y promueva el sanguinario sacrificio de sus hijos (tan habitantes de la Nación como cualquiera), y que abandone –ignominiosamente- su postura tradicional de defensa de las personas por nacer, que son los seres humanos más inocentes e indefenso.

IV. e) Observaciones del Comité de los Derechos del Niño.

Aludiremos, por fin a las Observaciones Finales que el Comité de los Derechos del Niño formulara con relación a la Argentina en su 54° período de sesiones (25 de mayo al 11 de junio de 2010)⁷⁹, también citado por quienes pretenden conciliar el aborto con nuestro régimen jurídico. En dicha pieza, el órgano de vigilancia de la Convención

⁷⁹ Documento CRC/C/ARG/CO/3-4

sobre los Derechos del Niño, se permite dirigirse a nuestro país en los siguientes términos:

Salud y acceso a los servicios de salud

58. El Comité celebra los esfuerzos del Estado parte para reducir la mortalidad infantil, así como la aprobación de un plan integral de acción en materia de salud, que incluye el Plan Nacer y el programa de suministro universal de medicamentos esenciales (Programa Remediar). Si bien celebra el establecimiento de comisiones encargadas de analizar la mortalidad materna e infantil y el reconocimiento por el Estado parte de las esferas que necesitan mejora, en particular la prevención y promoción de la salud durante el embarazo y el parto, el Comité expresa preocupación por la tasa constantemente elevada de mortalidad materna y neonatal, en particular en ciertas provincias. El Comité constata con preocupación las disparidades existentes en la esfera de la malnutrición crónica entre la media nacional (8%) y la media del noroeste argentino (15,5%). El Comité expresa además preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal.

59. El Comité recomienda al Estado parte que:

a) Incremente sus esfuerzos para promover la salud materna e infantil, incluso durante el embarazo y el parto;

b) Adopte medidas urgentes para eliminar las desigualdades existentes entre las provincias en el acceso a los servicios de salud y la calidad de éstos, haciendo especial hincapié en la atención primaria de la salud, y para eliminar las causas de la malnutrición crónica en las provincias del noroeste;

c) Realice un estudio de los factores determinantes del elevado porcentaje y las tasas estables de mortalidad materna y neonatal, y trate urgentemente de eliminarlos;

d) Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas;

e) Enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal; y

f) Solicite asistencia técnica al UNICEF y a la Organización Mundial de la Salud, entre otras entidades.

Hiera la sangre el advertir que el Comité, que debería bregar por los derechos humanos de **todos los niños** (antes y después del nacimiento), expresa su preocupación por el porcentaje de mortalidad materna causada por el aborto (que dice ser del orden del 28,31 %), sin siquiera pestañar ante el hecho evidente de que en el 100 % de los abortos se busca provocar (y en altísimo porcentaje se consigue) la muerte alevé de los niños por nacer también amparados por la Convención. Más desconcertante todavía nos parece que proponga la práctica del “aborto no punible” como medio para disminuir la mortalidad materna relacionada con aborto, toda vez que si el aborto se cuenta entre las causas de muerte materna, debe ser prohibido y combatido, y no permitido y reglamentado. Tal pretensión, por otra parte, colisiona directamente con el texto expreso de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude expresamente a que los niños merecen protección legal **tanto antes como después del nacimiento**, que proclama en su artículo 6° que **todo niño tiene derecho intrínseco a la vida**, que establece para los Estados Partes la obligación de garantizar **en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño** y cuyos el artículo 3° y 24 consagran el principio del **interés superior del niño** y la obligación de los Estados en orden a la **reducción de la mortalidad infantil**.

No se comprende, pues, que el Comité creado por la Convención pueda, impunemente, permitirse semejante contradicción con las mismas normas que le dieron origen, señalan su razón de ser y delimitan su campo de acción.

Tampoco es feliz la manifestación acrítica que el Comité realiza acerca de la supuesta inclusión de los casos de violación como causal autónoma de *aborto no punible*, pues ello también resulta contrario al objeto, fin y texto expreso de claras disposiciones de la Convención, en tanto que importaría discriminar e infligir al niño por nacer un castigo mortal en razón de la actividad de su padre (artículo 2.2). Por lo demás, tan desarreglada pretensión, que proviene de una sesgada interpretación doctrinaria, no emerge del texto expreso del artículo 86 del Código Penal al que se refiere y que, (por infringir el dispositivo del artículo 29 de la Constitución Nacional y por crear arbitrariamente categorías de seres humanos desprovistas de toda protección en violación del artículo 16 de la misma Ley Fundamental) consideramos nulo y no vigente desde su redacción, y, en todo caso, definitivamente abrogado desde la suscripción y elevación a rango constitucional de los instrumentos enumerados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Por cierto, la pretensión del Comité en orden a cercenar la inviolabilidad del derecho a la vida que nuestro ordenamiento jurídico, íntegra y armónicamente interpretado, reconoce a las personas por nacer implica, de parte del órgano de vigilancia, una clara violación al texto expreso del artículo 41 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

En efecto, la Ley N° 23.849, la declaración de nuestro país al ratificar la Convención y los comentados preceptos de la misma, al gozar de jerarquía constitucional, resultan, a la vez, derecho interno de la Argentina y derecho internacional vigente respecto a ella que es -a todas luces- más conducente a la realización de los derechos del niño, toda vez que garantizan, desde el momento de la concepción y a todos los niños -nacidos o por nacer- todos y cada uno de los derechos que la Convención reconoce, y, en particular, el derecho a la vida.

De todo ello apreciamos, entonces, que las manifestaciones del órgano de vigilancia del tratado volcadas en las “Observaciones” de las que nos ocupamos, tampoco puedan ser seriamente consideradas, ni dar lugar a modificaciones de nuestra legislación en materia de aborto y, mucho menos, en la inadecuada dirección postulada por el Comité.

V. Conclusión.

Las normas internacionales de derechos humanos que hemos analizado han alcanzado en nuestro país jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, complementando a los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional. Es por ello que debe realizarse la integración de sus reglas con las de las normas constitucionales preexistentes, de modo que resulte un conjunto armónico y coherente de disposiciones, que conlleve el reconocimiento más pleno y perfecto de los derechos fundamentales a los que se refieren, por exigirlo así el principio *pro homine*, a la luz del cual debe aplicarse siempre la norma más amplia y estarse a la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer o consagrar un derecho.

En lo específicamente atinente al objeto de nuestro análisis, entendemos que esa integración de los textos elevados a rango constitucional abrió paso en nuestro ordenamiento jurídico a un nuevo y trascendente paradigma, ordenado a consolidar la garantía y protección de la inviolabilidad de la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción hasta la muerte natural, en absoluta paridad con las personas ya nacidas. Dicho paradigma quedó erigido en principio de derecho público constitucional que, como tal, debe ser escrupulosamente observado por todos los poderes constituidos, en tanto que los preceptos que lo consagran son ley suprema de la Nación en los términos del artículo 31 de la Constitución Nacional y resultan inderogables por la legislación ordinaria, obligando también a que todos los demás actos estatales y privados se acomoden, ajusten, amolden y subordinen a ellos. De allí que, por su notoria incompatibilidad con este principio emergente de los preceptos integrantes del bloque de constitucionalidad argentino, han quedado definitivamente proscriptas del ordenamiento jurídico nacional las originariamente inconstitucionales previsiones del artículo 86, segundo párrafo, incisos 1° y 2° del Código Penal, resultando absolutamente contraria a derecho su invocación o aplicación mientras se mantenga el orden constitucional vigente⁸⁰.

Ello determina también que a partir de la adopción de esos instrumentos internacionales y su elevación a rango constitucional, no resulten jurídicamente viables nuevas disposiciones legales que, directa o indirectamente, posibiliten la despenalización o desincriminación del aborto, pues ello atenta directamente contra ese principio de orden público constitucional.

Igualmente, y toda vez que la defensa irrestricta de la vida humana desde el momento de la concepción resulta ser un auténtico principio de derecho público constitucional, el tenor de la regla del artículo 27 de la Ley Fundamental, exige su respeto e intangibilidad en cualesquier instrumento internacional que se suscriba con posterioridad a la reforma de 1994, por cuanto sería nula y de nulidad absoluta cualesquier cláusula que se pactare en instrumentos de esa índole –aún cuando se tratase de nuevos instrumentos de derechos humanos– y que de alguna manera pudiera restringir o menoscabar ese principio.

En tanto integra el bloque de constitucionalidad, y reviste la condición de principio de derecho público constitucional, la salvaguarda del reconocimiento, tutela y defensa de la vida humana desde la concepción, orienta y dirige la acción de todos los poderes constituidos en todos y cada uno de los ámbitos de sus respectivas competencias, impidiendo terminantemente que éstos, en lo que sería un desborde de las reglas y principios constitucionales imperativos que –por otra parte, son condición de su existencia como órganos, y, por ello limitantes de su capacidad y legitimidad para actuar–, puedan pretender –bajo cualquier pretexto– obligar a la Nación a algo que a Ley Suprema repele.

Desde la perspectiva del derecho internacional, y, dado que en materia de derechos humanos los tratados establecen mínimos de protección que se deben desarrollar por los Estados en su legislación interna, no resulta posible admitir que se establezcan limitaciones o restricciones a esos parámetros mínimos. Es deseable, en cambio, que los Estados amplíen el ámbito de protección de los derechos humanos establecido por el

⁸⁰ Verificada la incompatibilidad, algunos autores hablan de “inconstitucionalidad sobreviniente” de las hipótesis del artículo 86 del código Penal. Así, por ejemplo, LAFFERRIERE, Jorge Nicolás en “Reflexiones sobre el llamado ‘aborto terapéutico’”, EL DERECHO 214-95.

derecho internacional; concretamente, el legislador puede ampliar pero no restringir el ámbito de protección de los derechos referidos.

En el caso del derecho a la vida, ha de favorecerse toda interpretación que lo mantenga incólume y desecharse toda otra que, con el pretexto que fuere (aún la invocación de otros derechos) pretenda su restricción, toda vez que el carácter fundamental y primario de ese derecho, no admite enfoques restrictivos, ni modulaciones que, de cualquier manera lo lesionen, coarten o amenacen. Consecuentemente, constituye un deber insoslayable de todos y cada uno de los Estados Parte, así como de todos los órganos del sistema de protección de los derechos humanos, extremar la tutela efectiva de ese derecho en su máximo nivel, proscribiendo y sancionando toda afectación del mismo, así como toda práctica que lo pudiera poner en peligro. De allí también que sea dado exigir a dichos órganos que nuestro país sea respetado en su soberana determinación, que es un verdadero timbre de honor para nuestra Patria, de proteger ese derecho fundamental y primario desde el primer instante de la vida de los seres humanos, es decir, desde la concepción o fecundación.

Y, dado que ningún instrumento internacional de derechos humanos suscripto por la República Argentina, sea de carácter universal o regional, contiene –directa o indirectamente- un tratamiento aprobatorio para la deleznable práctica del aborto –que siempre rechazó nuestro país- carece de asidero hablas de una supuesta e inexistente “*viabilidad convencional del el aborto voluntario*”.

Los informes sobre casos, observaciones y recomendaciones de los órganos de los instrumentos internacionales que hemos analizado y que de ordinario se citan no emanan de autoridad jurisdiccional alguna, ni poseen aptitud jurígena para llevarnos a la aceptación de ninguna hipótesis que implique la muerte directamente provocada de una persona por nacer, vulnerando su derecho a la vida. Mucho menos, si, como hemos visto, en ellos se recurre a notorias falsedades y se transgreden los límites de actuación asignados a dichos órganos por los mismos instrumentos de su creación, así como expresas normas de carácter sustantivo. Por el contrario, cada una de esas piezas, individualmente considerada, constituye materia suficiente como para enjuiciar la responsabilidad personal de quienes las han suscripto, incitando a la violación sistemática del derecho a la vida de seres humanos inocentes e indefensos.

Por consiguiente, ni la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ni el Comité de Derechos Humanos, ni el Comité de la CEDAW, ni el Comité de los Derechos del Niño, ni organismo internacional alguno, ni ningún otro poder sobre la tierra puede obligar a la Nación Argentina a vulnerar el derecho a la vida de sus habitantes nacidos o por nacer.

Publicado en la Revista de Derecho de Familia y de las Personas de la Editorial La Ley, Año III, número 6, julio de 2011, pp. 194 - 230